

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

FILIALES ET GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS

Etude juridique de l'intervention
d'une Société dans la Constitution et dans le Fonctionnement
d'une autre Société.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 15 Mars 1929

PAR

Maurice GEGOUT

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
et du Concours général des Facultés de Droit
Avocat à la Cour d'appel.

PRÉSIDENT DU JURY DE THÈSE : M. DEMOGUE, professeur

SUFFRAGANTS : M. WAHL, professeur

M. HÉMARD, professeur

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS (5^e)

1929

FILIALES

ET

GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

FILIALES ET GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS

Etude juridique de l'intervention
d'une Société dans la Constitution et dans le Fonctionnement
d'une autre Société.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 15 Mars 1929

PAR

Maurice GEGOUT

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
et du Concours général des Facultés de Droit
Avocat à la Cour d'appel.

PRÉSIDENT DU JURY DE THÈSE : M. DEMOGUE, professeur

SUFFRAGANTS : M. WAHL, professeur

M. HÉMARD, professeur

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS (5^e)

1929



INTRODUCTION

LES FAITS ÉCONOMIQUES ; LES PROBLÈMES JURIDIQUES QUI FERONT L'OBJET DE LA PRÉSENTE ÉTUDE.

1. La concentration des entreprises. — Parmi les questions économiques touchant l'organisation de la production, il en est peu qui aient été autant étudiées que celle de la « concentration » des entreprises : les auteurs ont utilisé les statistiques, recueilli et catalogué les faits, élaboré et proposé des doctrines ; ils ont présenté dans son ensemble le mouvement qui aboutit à un monopole de fait, au profit d'un petit nombre d'industries ou de grands commerces puissamment armés pour la lutte économique.

Aussi n'y a-t-il pas lieu de souligner, dans une comparaison des divers modes de production des richesses, les avantages de la grande exploitation industrielle ou commerciale : le groupement peut obtenir des résultats qui échapperaient à l'initiative individuelle ; le ^{xix}^e siècle a vu reculer la petite entreprise devant la grande ; aujourd'hui plus que jamais, les producteurs se groupent pour

éviter les dangers d'une concurrence excessive ; le mouvement s'est accéléré sous l'impulsion des ruines de guerre et d'après-guerre. Nous assistons même à un développement remarquable des ententes internationales entre producteurs.

Or, la concentration des entreprises s'est opérée au profit d'organismes constitués sous la forme de sociétés par actions : on ne peut pas, à l'heure actuelle, étudier sérieusement le développement de la production, sans connaître les diverses formes juridiques sanctionnées par le droit privé, puisque c'est dans leur cadre que se constituent les entreprises solides et durables.

Mais cette réunion de travail et de capitaux sous la forme d'une société commerciale n'est qu'une première étape de la concentration : l'entreprise isolée, même si elle emprunte la forme d'une société par actions, opère sur un marché le plus souvent restreint, soit qu'elle limite sa production ou la spécialise en une certaine catégorie d'objets, soit qu'elle n'ait qu'une clientèle régionale ou locale ; ses frais généraux absorbent une part importante de ses bénéfices ; elle reste soumise enfin aux dangers de la concurrence : d'autres entreprises, qui disposent de moyens techniques ou commerciaux meilleurs, peuvent la ruiner, comme elle-même a pu faire disparaître les petites maisons rivales qui ne pouvaient soutenir une lutte contre elle.

Aussi voit-on, de plus en plus, se développer des ententes ou des alliances entre producteurs : on préfère la convention à la bataille ; des traités interviennent entre sociétés voisines ou rivales ; ils constituent la meilleure assurance contre les risques de la vie économique. Chaque société cherche à ménager l'avenir en accroissant

son champ d'activité. Elle peut le faire en poursuivant, à son profit, la création d'un monopole de fait sur le marché d'une certaine catégorie de produits qu'elle a pour objet de fabriquer ; mais elle peut aussi se procurer des débouchés pour ses produits, ou s'assurer l'approvisionnement en matières premières pour son exploitation. Souvent, les deux procédés coexistent ; leur but peut être varié ; les économistes les rangent sous les noms d' « intégration horizontale » et d' « intégration verticale », selon que les opérations économiques assurées par la même entreprise sont simultanées ou se succèdent dans le temps. La production s'organise ainsi de façon rationnelle, puisqu'elle est soumise à une unité de direction technique : on évite les déperditions qu'entraîne ordinairement l'anarchie d'une concurrence sans frein.

2. Ententes entre sociétés et filiales de sociétés. — Cette extension des grandes entreprises, cette « intégration » répondent à des buts très variés ; il est fort difficile d'en essayer une classification ; la complexité de la vie sociale défie l'ingéniosité des théoriciens. Pourtant, les économistes ont souvent cherché à ramener à des cadres bien définis les variétés d'ententes entre producteurs : ils distinguent le *cartel*, simple entente de producteurs qui gardent leur indépendance, du *trust*, qui réalise, au sens le plus large du mot, une véritable fusion des entreprises contractantes ; ils ajoutent depuis quelques années la forme du *konzern*, groupement de cartels et de trusts, qui assure à la fois l'intégration horizontale et l'intégration verticale. Ils citent les exemples, de plus en plus nombreux, de ces cartels, de ces trusts, de ces

konzerns, dont le nom, importé d'Allemagne ou d'Amérique, devient aujourd'hui familier aux Français.

Nous ne cherchons certes pas à contester l'utilité de ces catégories établies par les économistes ; une étude des faits exige une classification ; mais il est manifestement impossible de prétendre à une rigueur absolue dans la connaissance des manifestations spontanées de la vie économique, et de réduire à des notions simples une science morale réputée pour sa complexité.

Nous aurons souvent l'occasion, au cours de notre travail, de souligner l'infinie variété des buts auxquels répondent les ententes entre sociétés ; remarquons, dès à présent, que les ententes à fin de monopole, cartels, trusts et konzerns, ne sont qu'une des formes sous lesquelles apparaît le mouvement de concentration des entreprises : les grandes sociétés commerciales ne se contentent pas de conclure des alliances avec d'autres sociétés voisines ou rivales, elles cherchent à créer des organismes qui seront sous leur dépendance ; comme elles ne peuvent pas toujours disposer des capitaux nécessaires à cette création, elles font appel au concours de puissances financières qui resteront intéressées au fonctionnement des sociétés ainsi formées : on arrive de cette manière, à provoquer une liaison très étroite de la finance et de l'industrie ; les banques d'affaires, dont le premier exemple en France date du milieu du siècle dernier (1), deviennent des sociétés de crédit qui détiennent en portefeuille des titres émis par les sociétés qu'elles contribuent à créer (2).

(1) Le Crédit Mobilier, fondé par les frères Pereire en 1852.

(2) La plupart des Banques de province notamment s'occupent de « lancer » des affaires régionales en formation ; elles pratiquent ce

La société qui possède ainsi une portion importante du capital d'une autre société peut arriver à la dominer en fait; elle se fait représenter au conseil d'administration, elle intervient aux assemblées générales; elle s'assure ce que les Anglais appellent le « contrôle » de cette seconde société (1). Si la première, au lieu de se contenter de contrôler une entreprise, opère sur un grand nombre de sociétés, elle obtient la maîtrise sur le marché d'une certaine catégorie de produits; elle n'a pas besoin de conclure des alliances avec des sociétés rivales; elle accroît sa puissance avec le concours financier de quelques sociétés bancaires. Cette maîtrise est d'autant plus facile à réaliser qu'il n'est pas nécessaire, pour « contrôler » une société par actions, de posséder la majorité du capital de cette société : la division du capital social en actions de 100 francs par exemple ouvre l'accès de la société anonyme à de très petits capitalistes qui, soit par inertie, soit par indifférence, s'intéressent assez peu au vote dans les assemblées; l'état actuel de notre législation autorise l'emploi de procédés commodes à celui qui veut s'assurer une majorité au sein des assemblées d'une société par actions; un petit groupe bien homogène de capitalistes représentant parfois à peine 20 p. 100 des actions peut dominer la société. Il peut même dominer, non seulement cette société, mais d'autres sociétés dans lesquelles la première a, elle-même, une part importante des actions : par exemple, un capitaliste peut, avec le

qu'on appelle souvent la « commandite », en donnant à ce mot le sens vague de la langue économique.

(1) L. JANIN, *les Sociétés de Participation au point de vue économique*, chap. II : Sociétés de contrôle.

cursale ou une agence de cette société française (1).

Lorsqu'une société veut s'assurer des débouchés pour l'écoulement de ses produits, ou inversement se ménager, à des conditions avantageuses, l'approvisionnement en matières premières, il lui est difficile d'assumer à elle seule l'achèvement d'un produit qu'elle prendrait à l'état naturel : une société ne peut pas, à la fois, être une société minière, une société métallurgique et une société de vente des objets métalliques fabriqués. Elle peut conclure avec les sociétés qui traitent le produit avant ou après elle des accords commerciaux, des ententes plus ou moins intimes. Mais, le procédé le plus commode est assurément la création de filiales : par exemple, une société de construction de matériel pour les tramways électriques peut constituer des filiales chargées d'exploiter les tramways dans un certain nombre de grandes villes; de cette manière, la société-mère est assurée de trouver des débouchés par ses filiales; le procédé est d'un usage courant : les sociétés minières s'intéressent aux sociétés métallurgiques, les sociétés de charbonnage à des industries de produits chimiques, les sociétés forestières coloniales aux industries de transformation du bois (2), les sociétés de distribution d'énergie électrique à des charbonnages, les sociétés de construction du matériel élec-

(1) P. ex., la Compagnie générale d'électricité a récemment constitué une filiale à Lodi (Adda Officine Elettrotecnica e Meccanica) pour la fabrication du matériel électrique à haute tension.

(2) P. ex. la nouvelle Compagnie française de Kong, créée en 1923 pour reprendre la suite de la Compagnie française de Kong arrivée à son terme statutaire, détient en portefeuille, outre les titres de filiales s'occupant de plantations dans l'Ouest-Africain (plantations d'Elima; forestière de l'Indénie; Plantations réunies O. A.), un nombre d'actions qui lui assure le contrôle des établissements Leroy à Livarot, industrie de transformation du bois.

trique à des sociétés de distribution d'énergie (1), les sociétés métallurgiques à des sociétés de charbonnages et à des ateliers de constructions (2). La société-mère a fourni à ses filiales l'appui nécessaire au moment de leur constitution; elle continue cet appui par des secours financiers, par des directives administratives ou techniques. Comme la filiale reste indépendante, tout au moins théoriquement, le sort de la société-mère n'est pas nécessairement lié à celui de la filiale, la société-mère peut continuer à prospérer quand la filiale est en difficultés; le grand nombre de filiales constituées par une société-mère est toujours pour celle-ci une précieuse division des risques, en même temps qu'une extension du cercle de son entreprise.

Sans avoir pris une part prépondérante à leur constitution, une société peut avoir des « participations » dans d'autres sociétés; il n'y a pas, à proprement parler, de lien de subordination entre ces sociétés; on ne peut pas dire exactement laquelle est société-mère et lesquelles sont filiales. Il s'est établi, soit volontairement, soit par suite des rapports nécessaires qui se

(1) P. ex., la Compagnie générale d'électricité s'occupe à la fois de la métallurgie du cuivre et de l'aluminium, de constructions électriques et de distribution d'énergie; elle a un nombre imposant de filiales, dont les unes sont productrices d'énergie (Forces Motrices de la Truyère), d'autres des affaires régionales d'électricité (Lorraine d'Électricité, Électricité de Marseille), d'autres s'occupent de charbonnages et de distribution d'énergie à la fois (Union houillère et électrique), d'autres construisent des câbles pour les communications électriques (Lignes téléphoniques et télégraphiques), l'une d'elles ouvre même du crédit à long terme (Électro-Crédit). Cette Compagnie est un véritable « omnium » de toutes sortes d'entreprises électriques; elle réalise un parfait exemple d'intégration.

(2) P. ex. les Aciéries de Longwy ont à la fois des titres de mines « Carl Alexander » et « Gouys Servins », de « Société lorraine de Carbonisation »; et aussi des titres des « Ateliers de Construction du Nord de la France », des « Boulonneries de Valenciennes », etc.

quart environ du capital social d'une entreprise, régner sur celle-ci ; mais cette maîtrise entraîne, à son tour, la maîtrise sur toutes les sociétés contrôlées par la première société ; c'est un moyen de réaliser un « omnium » ou « holding company » ; il y a ainsi toute une série de filiales ; ce sont des générations successives de sociétés, dont le contrôle appartient à l'ancêtre commun.

Il est avantageux pour une société de recourir à ces procédés pour contrôler un grand nombre d'entreprises : nous connaissons aujourd'hui en France beaucoup de ces sociétés, dont une part importante de l'actif consiste en « participations (1) » ; parfois même, leur objet est uniquement la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières émises par des sociétés poursuivant un objet d'exploitation plus ou moins voisin ; il suffit de parcourir une liste de valeurs cotées à la Bourse pour relever le nom des « omniums » et des « holding companies », qui se multiplient de plus en plus.

Lorsqu'il existe entre deux sociétés un lien plus ou moins apparent de subordination, spécialement quand l'une a contribué à la constitution de l'autre, on donne couramment à la société contrôlée le nom de *filiale*, à l'autre le nom de société-mère. Une société-mère peut avoir un grand nombre de filiales : c'est pour elle un moyen de réaliser l'intégration si recommandée par les économistes.

3. Besoins auxquels répondent les ententes et les filiales. — Nous ne voulons pas, au seuil de notre

(1) LOUIS JANIN, *les Sociétés de Participation au point de vue économique*. Paris, 1928.

étude, pénétrer les détails d'une matière déjà riche en travaux d'ordre économique (1); il est bon cependant de donner une vue d'ensemble, qui ne sera qu'un aperçu, très imparfait, des raisons qui recommandent à une société-mère la création de filiales.

La société qui veut s'assurer un avenir solide doit s'étendre, s'accroître pour soutenir la lutte contre les maisons rivales; c'est la loi de concentration que nous avons déjà mentionnée; la littérature, comme l'Économie politique, s'est emparée de ce thème qui nous est devenu banal. Une société, même très bien conduite, est amenée à chercher des extensions, soit par l'ouverture de maisons qu'elle contrôle en dehors de son rayon d'action primitif, soit par l'augmentation du nombre des produits qu'elle offre au public.

Pour étendre son rayon d'action, la société peut souvent éviter la création de filiales en ouvrant dans diverses villes des succursales, qui ne jouissent pas de l'autonomie juridique reconnue aux filiales. Même, sans ouvrir de succursales, elle peut, avec le concours de représentants de commerce, et moyennant une publicité adroite, rayonner autour de son centre d'action. Mais il est des cas où la création de filiales devient indispensable; en particulier, dans certains pays étrangers où règne un nationalisme poussé à l'extrême, le public n'apporterait pas volontiers sa clientèle à une maison qui ne porterait pas une dénomination nationale; la vente en Italie, notamment, se fait bien plus facilement par une filiale de société française, filiale pourvue de la nationalité italienne, que par une suc-

(1) Pour la bibliographie, v. p. 13.

forment entre sociétés voisines, des échanges de titres, parfois des échanges d'administrateurs ou de directeurs ; deux sociétés ayant un même objet d'exploitation, mais opérant dans des régions différentes, concluent des ententes non seulement pour la répartition des débouchés, mais pour les procédés de fabrication, pour la fixation des salaires, pour la limitation de la production ; il peut s'agir de simples conventions écrites ou mêmes verbales, elles se renforcent ordinairement par des échanges de titres, et l'entente devient de plus en plus intime. On constitue alors un bureau commun de vente ou d'achat, c'est la forme-type des cartels modernes ; parfois, l'organisme central de contrôle ou de gestion se forme lui-même en société, comme l'a fait dès 1876 le Comptoir métallurgique de Longwy, un modèle des ententes de ce genre. Quel que soit le degré de l'entente réalisée, la constitution de filiales, l'échange de titres, les conventions formant un cartel de vente ou d'achat, ont toujours pour effet d'intéresser une société à la bonne gestion d'une autre société ; l'isolement n'est plus une attitude pour les sociétés : elles doivent rayonner en dehors de leur cercle primitif, s'unir ou s'entendre avec d'autres sociétés. Le « trust » et le « konzern » sont les formes économiques les plus achevées de cette tendance, puisqu'elles peuvent faire disparaître jusqu'à l'autonomie des entreprises contractantes ; elles conviennent surtout aux grands organismes internationaux qui se disputent le marché de certains produits : on sait qu'à l'heure actuelle le marché du pétrole, par exemple, est aux mains de grands trusts comme la Royal Dutch et la Standard Oil ; leur puissance économique atteste l'utilité des ententes et des

alliances entre sociétés : l'union fait la force des producteurs comme des nations, telle est l'idée banale, mais particulièrement féconde, qui se dégage de l'enseignement des faits.

4. Questions juridiques qui résultent de l'examen des faits. — Celui qui veut étudier la réalisation juridique des buts si nombreux et variés auxquels répondent les ententes entre producteurs, n'a pas à s'attarder bien longuement sur des points auxquels les économistes ont consacré des travaux patients et détaillés. Il doit seulement essayer de dégager, de l'ensemble considérable, mais un peu confus, de faits et de théories que lui donne ou lui propose la science économique, quelques idées qui puissent guider ou discipliner ses recherches.

Or, les conventions qui lient entre eux les différents producteurs ont établi un réseau si enchevêtré d'obligations qu'il serait difficile de trouver une société un peu importante qui fût complètement dégagée de l'influence ou de l'emprise de telle ou telle autre société. L'organisation moderne de la production revêt un caractère d'infinie complexité : il est fort rare qu'une société ne soit pas intéressée à la gestion d'une autre société ; souvent même, l'une intervient dans la fondation d'une autre. Tous les problèmes que nous aurons à envisager concernent donc *l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société*. Ce titre précise déjà l'objet de nos recherches : malgré leur apparente diversité, les questions juridiques nées de l'« intégration » des entreprises, soit qu'elles se rattachent à l'existence des filiales, soit qu'elles concernent les ententes, les groupements de producteurs,

présentent entre elles un certain lien : elles supposent toujours qu'une société civile ou commerciale participe à la vie juridique d'une autre société; par exemple, ce sont deux personnes morales qui contractent, comme au cas d'alliance entre sociétés (groupements de sociétés, cartels-sociétés); ou bien, c'est une personne morale qui favorise la création et le développement d'une autre personne morale, comme au cas de filiales (participation d'une société à la constitution et au fonctionnement d'une autre société). Mais, de ces rapports entre personnes morales se dégagent des idées générales qui seront communes à tous nos développements.

Cette similitude de raisonnement dans le présent travail justifie la réunion, sous un même titre, de l'étude des filiales et des groupements de sociétés. Déjà, l'examen superficiel des faits économiques laissait pressentir cette unité.

5. Position des divers problèmes à envisager. —

A) Le problème économique. — Il n'est pas besoin d'insister beaucoup sur l'intérêt que présente l'étude juridique des filiales et des groupements de sociétés : il est fort à la mode de délaisser quelque peu la théorie pour s'attacher uniquement aux nécessités de la pratique. Des matières aussi vivantes que celle des sociétés ne peuvent pas encourir le reproche d'être stériles. Mais ce n'est pas seulement en raison de son intérêt pratique que nous avons choisi notre sujet : les situations juridiques créées par la pénétration réciproque des sociétés civiles et commerciales sont de nature à éclairer certains points théoriques; il est bien évident, par exemple, que l'enchevêtrement des intérêts

sociaux pose le problème déjà maintes fois traité de la personnalité morale ; mais il le fait apparaître sous un jour un peu spécial et peut-être un peu différent de celui qu'on envisage ordinairement : il s'agit d'expliquer, au moyen de cette idée de personnalité, ou tout au moins de concilier avec elle les solutions que réclame la pratique des « participations », des filiales, des ententes entre sociétés.

Toutes ces questions théoriques et pratiques sont intimement liées : il sera difficile de les séparer. Peut-être pourtant n'est-il pas inutile de diviser ici le problème général de l'intervention d'une société dans la constitution et dans le fonctionnement d'une autre société en trois problèmes très voisins, mais cependant distincts : nous pensons que notre sujet pose à la fois un problème économique, un problème de pratique juridique et un problème de technique juridique.

Nous n'insisterons pas sur le problème d'ordre économique : il s'agit de déterminer les besoins auxquels répondent les filiales et les alliances de sociétés, de cataloguer les faits, d'en tirer des inductions pour en faire un exposé scientifique. Ce travail a souvent été entrepris, parfois avec bonheur, par les économistes (1). Nous aurons souvent à faire état de ces travaux, sans en reprendre la matière.

(1) En particulier : F. LAUR, *l'Accaparement*, 4 volumes, 1900-1907 ; E. MARTIN SAINT-LÉON, *Cartels et Trusts*, 3^e édition, 1909 ; J. CHASIN, *Cartels et Trusts*, 1909 ; BROUILHET, *Les Ententes*. Thèse Lyon, 1895 ; DE ROUVIEU, *Syndicats de producteurs*, 1912 ; PASSAMA, *l'Intégration*, 1910. — En Angleterre : HERMANN LEVY, *Monopolies, Cartels and Trusts in british Industry*, Londres, 1927, traduction anglaise de l'ouvrage allemand. — En Allemagne : R. LIEFMANN, *Kartelle, Konzerne und Trusts* (Stuttgart, 1927) ; R. LIEFMANN, *les Formes d'entreprises*, trad. française de la 2^e édition allemande. Paris, 1924, p. 129 et suiv.

Le problème juridique doit, au contraire, nous occuper presque uniquement : il s'agit de rechercher quels sont les moyens de droit qui vont permettre de réaliser les buts d'ordre économique révélés par l'examen des faits.

Enfin, notre sujet soulève un problème de technique juridique : il faut expliquer les solutions reçues, les concilier avec les abstractions qui nous sont familières, en tirer les conséquences nécessaires, notamment sur le terrain de la personnalité morale. Il est nécessaire de donner, dès maintenant, quelque idée de ce problème juridique et de ce problème technique.

6. Suite. B) Le problème juridique ; l'évolution de la jurisprudence. — Le droit des sociétés, plus que n'importe quelle autre branche du droit, est soumis à toutes les variations que commande la vie économique : c'est assez dire que les solutions juridiques données au cours du présent travail ne sont que l'expression des besoins du moment, dans la mesure où ils peuvent se concilier avec les textes impératifs. Il est utile de donner un aperçu de l'évolution dont notre droit positif est une étape.

La concentration des entreprises s'est accrue au cours du XIX^e siècle ; mais, au lendemain de la rédaction des Codes, elle était à peine esquissée ; même sous le second Empire, au moment de l'élaboration de la loi sur les sociétés par actions, il n'était guère question de cartels, de trusts ; ou plutôt, s'il en existait des exemples, on ne prévoyait pas le développement que les ententes prendraient de nos jours. Depuis lors, la loi de 1867 a subi plusieurs retouches successives, en

1893, en 1903, en 1913 ; la loi du 7 mars 1925 a introduit dans notre droit la société à responsabilité limitée ; mais on ne saurait ni trouver dans les textes une réglementation détaillée des matières qui nous occupent, ni prétendre résoudre toutes les difficultés que nous rencontrons par l'interprétation littérale ou par une recherche de l'intention du législateur ; ce serait s'exposer volontairement aux critiques si justes que M. Gény dirigeait il y a déjà plus d'un quart de siècle contre l'interprétation traditionnelle.

Aussi bien la jurisprudence française se dégage-t-elle très sagement de la tyrannie de la méthode exégétique ; elle se réserve d'adapter ses décisions au progrès, ou tout au moins au changement des idées économiques ou morales ; les conceptions les plus diverses trouvent leur écho dans les arrêts ; des revirements inattendus se produisent, sous la poussée des faits, ou même des idées courantes. Nous n'en voulons pour preuve que l'évolution très remarquable de la jurisprudence relative aux coalitions, à l'application de l'article 419 du Code pénal et des sanctions civiles (art. 1131 Code civil) : malgré la défiance instinctive que professe généralement le public à l'encontre des ententes et des coalitions, nos tribunaux, sous la pression des faits économiques, ont marqué une tendance de plus en plus favorable à ces ententes ; et cette tendance, à son tour, a provoqué une intervention législative (loi du 6 décembre 1926). Nos tribunaux ont cédé à l'influence des idées économiques et morales ; ils ont aussi et peut-être surtout, rompu avec la vieille méthode d'interprétation qui paralysait leur activité.

7. Suite. C) Le problème de technique juridique. — Qu'il y ait un ensemble de moules juridiques, de concepts familiers à l'esprit du juriste, c'est bien ; mais encore faut-il que ces abstractions, que ces procédés de technique n'entravent pas le progrès du droit. Par exemple, chacun s'accorde à reconnaître la nécessité de soumettre les biens d'une société commerciale à un régime juridique spécial, connu sous le nom de personnalité morale. Il ne faut pas que cette notion de personnalité morale devienne pour l'interprète une entité supérieure qui commande tout le droit des sociétés. Ou plutôt, comme c'est une notion abstraite susceptible d'être comprise de diverses manières, il est nécessaire de la modeler, de la perfectionner pour l'adapter aux solutions juridiques réclamées par la pratique, au lieu de s'en faire une idée préconçue et rigide qui risquerait fort d'empêcher le progrès juridique.

Nous touchons ici le troisième problème que nous avons annoncé : il s'agit de concilier l'existence des filiales, des groupements de sociétés avec la notion technique de personnalité morale. Par exemple, comment pouvons-nous expliquer l'existence d'une société pourvue de la personnalité morale, issue d'une autre société et placée sous la dépendance de celle-ci ? Car c'est à cela que se ramène le problème des filiales. L'interprète timide des formules habituelles est tenté de faire prédominer l'un de ces deux caractères : personnalité et lien de subordination ; c'est ce qu'a fait longtemps la jurisprudence et c'est ce qui explique, à notre avis, les hésitations et les revirements, voire les contradictions, qu'a suscitées la matière des filiales.

A un autre point de vue, comment faut-il expliquer

que les rôles ordinairement remplis par des personnes physiques dans la fondation, dans la gestion ou dans l'administration des sociétés puissent l'être par une société, en tant qu'être moral ? Ici encore se révèle une contradiction apparente entre l'idée de personnalité morale et les solutions réclamées par les faits. Nous aurons à montrer comment peut se résoudre ce conflit.

8. **Objet de la présente étude.** — Ainsi peuvent se séparer, au moins théoriquement, les divers problèmes économique, juridique, technique que comporte l'étude des filiales et des groupements de sociétés. Dans la suite de notre travail, ils seront intimement liés ; mais nous réserverons presque tous nos développements à l'étude et à la critique des solutions reçues en droit positif français.

Il convient maintenant de limiter volontairement l'objet de nos recherches : la portée de notre travail sera uniquement juridique, nous devons écarter délibérément toute dissertation d'économie politique qui ne serait pas absolument indispensable à l'intelligence des problèmes juridiques que nous examinons. Mais, même parmi ces problèmes juridiques, il faut faire un choix : il n'est pas nécessaire d'aborder ici l'étude de matières telles que la fusion des sociétés : sans doute, les fusions de sociétés appartiennent au cadre général des phénomènes de concentration ; elles soulèvent des questions délicates dont il ne serait peut-être pas inutile de reprendre l'étude déjà si souvent entreprise (1) ;

(1) DE NOAILLAT, *Thèse Paris*, 1899 ; PENE, *Thèse Bordeaux*, 1907 ; ROBERT GOMPEL, *Thèse Paris*, 1908 ; HOUPIŒ : *J. S.*, 1910, 290 ; B. AUGER : *R. S.*, 1925, 49.

mais, dans toutes les conventions entre sociétés qui supposent la dissolution préalable d'une de ces sociétés, il apparaît un certain nombre de difficultés très grandes, en ce qui concerne la situation des associés de la société dissoute et le conflit entre créanciers de la société dissoute et créanciers de la nouvelle société ou de la société absorbante ; ces questions ne se rattachent qu'indirectement à la matière des filiales et des groupements de sociétés. Il en est de même de celles qui touchent à l'intervention d'une société dans la liquidation d'une autre société, matière dont l'étude ne peut guère se séparer de celles des fusions de sociétés ; nous les écartons du présent volume.

Nous ne pouvons même pas prétendre épuiser les matières que nous retenons. En particulier, le droit des sociétés soulève un grand nombre de questions fiscales ; nous ne pourrions que signaler au passage les plus importantes d'entre elles.

Enfin, le cadre déjà très vaste de ce travail interdit toute étude spéciale des législations étrangères : une pareille recherche serait fort précieuse, mais nous devons nous borner à indiquer telles ou telles solutions reçues dans les pays voisins du nôtre, seulement dans la mesure où elles peuvent éclairer l'interprétation de notre droit, et sans les séparer des développements consacrés au Droit français.

9. Plan. — Il nous faut d'abord, avant d'entreprendre les détails de la matière des filiales, et des groupements de sociétés, rappeler quelques principes qui détermineront les conditions générales auxquelles est subordonnée la participation d'une société à la vie juridique

d'une autre société : tâche un peu ingrate, parce qu'on reste sans cesse exposé au double reproche d'être banal en insistant sur des idées bien connues, et superficiel si on glisse trop vite sur les difficultés. Mais cette première partie est indispensable pour préparer les deux autres.

La seconde, la plus importante, est consacrée à l'étude des filiales ; il s'agit de montrer les procédés juridiques par lesquels se constituent et fonctionnent les filiales. L'étude est d'ailleurs générale, et vaut pour toute intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société. Elle prépare donc la 3^e partie, plus brève, qui sera consacrée aux particularités des groupements de sociétés.

Notre plan sera donc le suivant :

1^{re} partie. — Des conditions générales auxquelles est subordonnée la participation d'une société à la vie juridique d'une autre société.

2^e partie. — Des filiales de sociétés.

3^e partie. — Des groupements de sociétés.

LIVRE PREMIER

CONDITIONS GÉNÉRALES AUXQUELLES EST SUBORDONNÉE LA PARTICIPATION D'UNE SOCIÉTÉ A LA VIE JURIDIQUE D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ

10. **Importance de cette participation.** — Le fait économique appelé division du travail, en réduisant le domaine d'activité des différents producteurs, crée entre eux une solidarité qui les amène nécessairement à contracter, et à s'entendre, pour éviter une déperdition de leurs forces.

Il arrive donc très souvent qu'une entreprise ait des intérêts dans une autre entreprise ; et tout spécialement qu'une société civile ou commerciale fasse partie d'une autre société, en qualité d'associée, ou de commanditaire, ou d'actionnaire.

11. **Validité de cette participation.** — En principe, la validité de cette participation n'est pas contestable : aucun texte de loi, aucun principe ne la condamne ; elle est aujourd'hui consacrée à la fois par la jurisprudence et par la doctrine.

La jurisprudence a été définitivement fixée par un arrêt de la Chambre des Requêtes, en date du 10 décembre 1878 (1) ;

L'espèce était simple : deux associés en nom collectif, Brouilhet père et fils, exerçaient le commerce des déchets de soie et de mégisserie. La société Brouilhet père et fils contracte avec un filateur nommé Denis, et forme avec lui une seconde société en nom collectif, dont la raison sociale est Denis-Brouilhet père et fils. Les deux sociétés Brouilhet père et fils, et Denis-Brouilhet père et fils sont successivement déclarées en faillite. Deux créanciers de la société Denis-Brouilhet père et fils veulent être admis à la faillite de la société Brouilhet père et fils. Le Tribunal de commerce déboute ces créanciers, mais la cour de Nîmes, suivie par la Chambre des Requêtes, les admet à la faillite : la société Brouilhet père et fils, membre de la société Denis-Brouilhet, est tenue personnellement de toutes les obligations auxquelles est soumise cette société Denis-Brouilhet. Cette solution très juste se fonde sur un principe que la Chambre des Requêtes formule de la manière suivante : « Attendu qu'aucun texte de loi, aucun principe de droit n'interdit *aux sociétés en nom collectif* existant déjà d'entrer comme associées *dans d'autres sociétés du même genre* ». La Cour suprême se prononce d'une manière définitive ; et pourtant, les termes dont elle use

(1) Req. 10 déc. 1878, D. P., 1879-1-5 (rejet de pourvoi contre Nîmes, 15 janvier 1878). Note CH. BEUDANT. — Cf. Montpellier, 24 juillet 1882 ; (le Droul, 7 octobre 1883, qui reproduit sans restriction et même de façon plus large, la formule de l'arrêt de Nîmes) (V. n° 12 bis). La doctrine est unanime : HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e édit., n° 641 ; PIC, II, n° 883 ; LYON-CAEN, n° 344 ; — Cf. en Allemagne : K. LEHMANN, I : *Begriff der Aktiengesellschaft*, p. 134 ; — en Italie : Cass. Turin, 20 juillet 1906, J. S., 07-225 ; VIVANTE, n° 298 ; VIGHI, *la Personalità giuridica*, II, p. 280.

semblent bien timides, à côté de ceux de l'arrêt attaqué ;
« Attendu qu'aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce qu'une société régulièrement constituée entre comme associée dans une société distincte formée pour un objet différent. »

La Chambre des Requêtes paraît éprouver quelque scrupule à énoncer le principe dans toute son ampleur ; et le soin qu'elle apporte à la rédaction de son arrêt autorise à approfondir les restrictions qu'elle propose : elle statue seulement pour les sociétés en nom collectif, et ne leur permet d'entrer comme associées que dans d'autres sociétés du même genre. Pour la Cour de Nîmes, au contraire, il suffit que la société qui entre comme associée dans une autre société soit régulièrement constituée : la forme de chaque société importe peu ; il en est de même de l'objet. Ces questions relatives à la forme et à l'objet seront examinées à propos du consentement des sociétés contractantes. Il suffit pour l'instant de noter l'importance toute spéciale de l'arrêt de 1878 ; car depuis lors, aucune autorité doctrinale, aucune décision judiciaire ne revient sur le principe qu'il énonce : on discute les modalités d'application sans combattre l'idée fondamentale.

12. Sociétés de sociétés. — On ne se contente pas de proclamer la validité de la participation d'une société au fonctionnement d'une autre société : on raisonne aussi sur le cas de sociétés dont les associés ou les actionnaires sont eux-mêmes uniquement des sociétés ; on envisage la création de sociétés de sociétés(1),

(1) A. HENRY, Les sociétés de sociétés. J. S., 1919, 160. — Comp. Tribunal de commerce, Bruxelles, 30 avril 1920 (Pasclrisie, 22-3-80), le

sorte de cas-limite, aboutissement du mouvement de concentration des entreprises. Puisqu'on admet qu'une société peut participer, en tant que personne morale, à la vie juridique d'une autre société, rien ne contredit la possibilité théorique d'une société dont tous les membres seraient des sociétés : les mêmes problèmes se posent dans les deux cas ; si on répond affirmativement aux questions de savoir si une société peut se faire désigner comme administrateur ou comme gérant d'une autre société, si une société peut être fondateur d'une autre société, on n'a qu'à pousser le raisonnement à l'extrême, et envisager le cas d'une société composée exclusivement de sociétés. Il se présente seulement, à ce propos, quelques difficultés spéciales qui seront examinées plus loin (nos 196 à 210).

12 *bis*. Prétendue condition relative à la constitution régulière de la société participante. -- L'arrêt de Nîmes, analysé ci-dessus, paraît exiger que la société participante soit « régulièrement constituée ». En réalité, cette condition est inutile ; on doit s'en tenir à la formule très large admise par la Cour de Montpellier le 24 juillet 1882.

En effet, une société, même irrégulièrement constituée, peut accomplir tous les actes de la vie juridique que ferait une société régulière de même forme : l'irrégularité ne peut pas avoir pour effet d'empêcher une société de participer à la constitution et au fonctionnement d'une autre société ; elle expose seulement la société qui en est entachée à une dissolution qui peut

principe de la validité d'une société en nom collectif formée de sociétés y est nettement affirmé.

intervenir à tout moment sur la demande d'un associé ou d'un tiers ; mais on applique alors à la première société les règles qui gouvernent les sociétés de fait, les opérations conclues par elles dans les conditions statutaires sont valables (1) ; en particulier, il en est ainsi de la participation à la constitution et au fonctionnement d'une autre société.

13. Plan de la première partie. — Nous devons, quant à présent, nous borner à des considérations d'ordre général sur les conditions auxquelles est subordonnée l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société. Or, qu'il s'agisse de filiales, ou de groupements de sociétés, les principes sont les mêmes : une société participe, en tant qu'être moral, à la vie juridique d'un autre être moral ; cette participation se traduit par des actes juridiques ; il faut donc déterminer comment ces actes juridiques pourront être valablement accomplis. C'est tout le problème de la validité de l'acte juridique accompli par une société. Il suffit ici d'indiquer les particularités que doit revêtir l'acte juridique par lequel une société intervient dans la constitution ou le fonctionnement d'une autre société.

Nous n'aurons pas à distinguer, comme on le fait pour les actes juridiques ordinaires, entre les conditions d'existence (consentement, objet) et les conditions de validité (capacité, absence de vices du consentement) ; le consentement d'un être moral n'est, en effet, pas assimilable au consentement d'une personne ordinaire :

(1) J. HÉMAR, *op. cit.*, n° 406.

quel que soit le parti qu'on adopte sur la nature de la personnalité morale, on ne peut pas en tous points comparer la prétendue volonté de l'être moral à la volonté d'une personne physique. Pour parler de consentement à donner par la société qui participe à la vie juridique d'une autre société, il faut avoir toujours bien présente à l'esprit la manière dont se manifeste cette prétendue volonté de l'être moral : il ne faut pas séparer l'étude du consentement de celle des pouvoirs reconnus aux organes sociaux ; il faut savoir exactement en quels cas les gérants ou administrateurs, en quels cas l'assemblée générale ont qualité pour consentir, au nom de la société. Quant à la question de capacité, nous n'en ferons pas une étude spéciale : on a bien souvent signalé l'étroite parenté qui unit les dispositions relatives aux incapacités et celles qui sont relatives à l'émission du consentement ; ici plus encore qu'ailleurs, ce rapprochement s'impose : si on prête à la société une volonté, cette volonté ne se manifeste que par l'organe qui a reçu des statuts pouvoir à cet effet ; la société est donc pratiquement dans une situation comparable à celle de la personne frappée d'une incapacité d'exercice ; et tout revient à une détermination des pouvoirs de ses différents organes.

Mais il ne suffit pas, pour que l'acte juridique accompli par une société produise ses effets, qu'il le soit dans les conditions régulières que nous aurons à préciser ; il faut encore qu'il vise un but licite. En particulier, l'entente entre sociétés doit respecter le principe de la liberté commerciale pour être reconnue valable.

Notre étude des conditions générales auxquelles est subordonnée la participation d'une société à la vie juri-

dique d'une autre société se divisera donc de la manière suivante :

TITRE I. — Conditions relatives au consentement des sociétés qui entrent en rapports.

TITRE II. — Conditions relatives au but poursuivi par l'entente entre sociétés.

TITRE PREMIER

DES CONDITIONS RELATIVES AU CONSENTEMENT DES SOCIÉTÉS QUI ENTRENT EN RAPPORTS

14. La volonté des personnes morales. — Dans une convention entre personnes morales, l'expression du consentement ne peut être ni aussi simple, ni aussi claire que dans une convention entre personnes physiques.

On a beaucoup écrit sur la personnalité morale. Nous ne saurions revenir ici sur une matière aussi délicate, et ajouter à une discussion déjà abstraite une autre discussion qui l'est plus encore. Il faut seulement éviter l'abus du concept de personnalité juridique, pour en faire, soit une pure fiction légale (1) soumise au bon vouloir de la puissance publique, soit une réalité indépendante des individualités qui concourent à sa formation (2). La critique de M. Planiol et de M. Berthélemy (3) contre les idées allemandes conserve une

(1) SAVIGNY, *Traité de Droit romain* (trad. franç.), II, p. 230.

(2) OTTO GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1881.

(3) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, 10^e édit. par G. RIPERT, I, n^o 3405 ; H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 9^e édit., p. 28.

valeur incontestable, en matière de sociétés civiles et commerciales : il s'agit d'une masse de biens, affectée sans doute à un but d'ordre économique qui constitue l'objet social, mais soumise à la propriété collective des associés. Or, ce patrimoine est administré selon des règles qui ont été précisées par les associés, lors de la rédaction du pacte social. A ce moment, quelles que soient les conditions dans lesquelles a lieu l'élaboration de ce pacte social, et réserve faite des difficultés relatives à la période constitutive des sociétés par actions (1), chacun des associés ou des actionnaires, par sa seule adhésion aux statuts, a accepté de renoncer à son droit d'administration et de disposition sur les biens qu'il apporte : ces biens vont être soumis aux mêmes règles que tous ceux qui composent l'actif social. La société, une fois constituée, pendant toute la durée de sa vie juridique, sera administrée au regard de tous en conformité des clauses statutaires et des règles édictées par la loi pour la forme qu'elle revêt.

Il serait donc inutile d'essayer une assimilation arbitraire entre la volonté d'un individu et cette prétendue volonté des personnes juridiques : si la société civile (2) ou commerciale, pourvue de la personnalité, est considérée comme un sujet de droits, c'est qu'on reconnaît l'existence d'un patrimoine affecté par ses propriétaires collectifs à un but que l'on appelle objet social, soumis par eux à un mode d'administration qu'ils ont bien précisé (3).

(1) V. à ce sujet LESCOT, *Période constitutive des Sociétés par actions*. Thèse Dijon, 1913.

(2) Société civile : depuis Req. 23 février 1891. D. P. 91-1-337.

(3) Comp. R. SALLERILLES, *Personnalité juridique*, 2^e édit., 22^e et 23^e leçon, p. 599.

Comme on ne peut, sans jouer sur les mots, parler d'une volonté de la société, il faut, pour étudier le consentement dans un contrat entre sociétés, se reporter aux conditions légales et statutaires qui régissent chacune de ces sociétés : il faut déterminer, parmi les conventions entre sociétés, celles qui font partie des attributions ordinaires des gérants ou administrateurs, et les opposer à celles qui exigent le concours de tous les associés, ou d'une majorité fixée par la loi ou les statuts. Un développement sur le consentement dans les conventions entre sociétés ne comporte pas la discussion de la notion d'organe : s'il faut parler des pouvoirs reconnus aux différents organes des sociétés, il suffit d'admettre les solutions générales réclamées par les faits, sans en critiquer les fondements ; nous rappelons seulement les principes juridiques dont les applications seront étudiées au cours du présent travail.

15. Gestion et administration des sociétés. — La société civile ou commerciale, constituée en personne juridique, est régulièrement représentée par des personnes physiques dont les pouvoirs sont précisés par la loi et par les statuts : les sociétés par intérêt, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en commandite par actions sont administrées par un ou plusieurs gérants nommés par les statuts ou par un acte postérieur ; à défaut de désignation de gérants, tous les associés sont censés s'être donné réciproquement pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (art. 1856, 1857, 1859 Code civil ; art. 22 C. commerce ; art. 24 al. 1^{er}, loi du 7 mars 1925). Les sociétés anonymes sont administrées par un conseil composé de membres à pouvoirs temporaires

rééligibles, pris parmi les actionnaires (art. 32 C. commerce ; art. 22 al. 1^{er}, 25 et 26, loi 24 juillet 1867), sauf faculté pour les administrateurs de choisir un directeur général ou administrateur délégué, soit parmi eux, soit, si les statuts le permettent, en dehors du conseil d'administration (art 22 al. 2, loi 1867) (1).

Ce sont ces organes qui agissent ès qualités pour le compte de la société qui les a nommés ; ils lui font acquérir des droits, assumer des obligations dans la mesure des pouvoirs qui leur ont été confiés. A défaut de stipulations précises contenues dans les statuts, on répond, en général, à la question de l'étendue de leurs pouvoirs par la distinction classique entre les actes d'administration et les actes de disposition : les premiers comprennent tous les actes ordinaires d'exploitation commerciale, les autres comportent soit une aliénation, soit au moins un engagement grave pour l'avenir ; il n'existe ni texte, ni principe incontesté pour donner entre eux un critérium de distinction : on tient compte en chaque espèce de la nature des opérations en vue desquelles la société s'est constituée, et l'on a tendance à considérer comme actes d'administration tous ceux dont l'accomplissement ordinaire paraît nécessaire pour satisfaire à l'objet social.

16. Assemblées générales. — Les actes juridiques accomplis pour le compte d'une société doivent, s'ils sont assez graves pour excéder les pouvoirs ordinaires des gérants ou administrateurs, être décidés par les membres de la société réunis en assemblée générale.

(1) P. PIC, n° 1128.

L'assemblée des associés ou actionnaires délibère selon des règles précisées en général par les statuts, en conformité des dispositions impératives édictées par la loi pour la forme de sociétés envisagées. A défaut de clause statutaire expresse, les décisions concernant l'opportunité d'une opération commerciale conforme aux statuts, mais excédant les pouvoirs ordinaires des gérants ou administrateurs, sont prises à l'unanimité dans les sociétés de personnes (1), à la majorité des voix calculée par nombre d'actions dans les sociétés anonymes (2).

Les décisions qui emportent modification à l'acte consécuteur d'une société par intérêt sont prises par l'unanimité des associés (3). Celles qui emportent un changement de nationalité de la société, ou une augmentation des engagements des associés dans une société à responsabilité limitée sont également prises à l'unanimité. Toutes autres modifications aux statuts d'une société à responsabilité limitée sont votées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social (art. 31, loi 7 mars 1925).

17. Assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions. — Pour les sociétés par actions, le régime des assemblées modificatives des statuts a subi depuis 1867 une évolution dont il faut rappeler les principaux traits, encore qu'ils soient fort bien connus : après une

(1) Telle est du moins l'opinion dominante en doctrine (PIC, n° 480; HOUPIN et BOSVIEUX, n° 263; THALLER, note *D. P.* 93-1-107), et en jurisprudence (Req. 27 janvier 68. S. 68-1-53); comp. LYON-CAEN et RE-NAULT, n° 261.

(2) THALLER, n° 683; COPPER ROYER, n° 545, contra LYON-CAEN et RE-NAULT, n° 854; HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 1255.

(3) Art. 1134 C. civ. Cf. PIC, n° 477 et 544.

période pendant laquelle, à défaut de clause expresse des statuts autorisant la modification, on exigeait le consentement unanime des actionnaires pour toute modification aux statuts (art. 1134 C. civil), un arrêt de la Chambre civile posa en 1892 le principe que l'assemblée peut, dans le silence des statuts, modifier ceux-ci aux conditions déterminées par l'article 31 de la loi de 1867, sous la seule réserve de ne pas atteindre leurs bases substantielles (1).

Ce fut la source de controverses sur le sens des mots bases substantielles ; et l'on n'était pas encore fixé, ni en jurisprudence, ni en doctrine, lorsque la loi du 16 novembre 1903, interprétative de la loi de 1867, vint autoriser l'assemblée générale extraordinaire à créer des actions de priorité.

La création d'actions de priorité est une modification aux statuts sur les trois points suivants : augmentation du capital social ; changement à la répartition des bénéfices ; dérogation au principe de l'égalité entre actionnaires. Il était naturel de conclure dans le silence des statuts à la possibilité pour l'assemblée extraordinaire de voter aux conditions de l'article 31 de la loi de 1867, toutes modifications d'une gravité inférieure ou égale à celle que comporte la création d'actions de priorité (2). Si la majorité des auteurs se prononce en ce sens, beaucoup d'entre eux doivent cependant reconnaître l'extrême difficulté de découvrir un critérium

(1) Civ. cass. 30 mai 92. *D. P.* 93-1-105, note THALLER : arrêt bientôt suivi d'un autre : Civ. cass., 29 janvier 94. *D. P.* 94-1-313, note LACOUR.

(2) En ce sens : J. PERCEROU, *J. S.*, 1907, 1, 49 et 97 ; G. BOURGART, *J. S.*, 1912, 241 ; H. BOSVIEUX, *J. S.*, 1910, 91 ; C. HOUPIN, *J. S.* 1911, 276 ; CH. LYON-CAEN, *R. Crit.*, 1913, 577 ; L. LACOUR, *précis* n° 593 ; P. PIC, note *D. P.*, 1912-2-361.

mesurant la gravité de la délibération modificative (1). Et la jurisprudence, qui souvent hésite à se prononcer sur le principe, ne paraît pas favorable à l'interprétation extensive de la loi de 1903 (2).

Ce régime est encore celui des sociétés constituées avant la promulgation de la loi du 22 novembre 1913, si l'on admet l'opinion dominante d'après laquelle l'étendue des pouvoirs modificateurs prévue par cette loi ne rétroagit pas (3).

La loi du 22 novembre 1913 classe les modifications aux statuts des sociétés par actions (4) en trois catégories : a) Le changement de nationalité, et toute augmentation des engagements des actionnaires exigent l'unanimité (art. 1^{er}, al. 1^{er}, loi du 22 novembre 1913) ; b) Le changement d'objet social, et la transformation de la société exigent un quorum des trois quarts, une majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés, chacun ayant autant de voix que d'actions (art. 1^{er}, al. 2 et 3, loi du 22 novembre 1913) ; c) toutes autres modifi-

(1) E. THALLER, *J. S.*, 1912, 414, et note *D. P.*, 1912-1-145 sous Req. 22 janvier 1912.

(2) Dans le sens de l'interprétation extensive : Tr. Civ. Rochecouart, 28 mai 1909, *J. S.*, 1909, 461, note BOSVIEUX ; dans le sens contraire : Lyon, mai 20 1911, *D. P.*, 12-2-361, note PIC précitée en sens contraire de l'arrêt ; et Civ. cass., 7 nov. 1916, *J. S.* 1917, 71. V. encore A. WAHL, notes *S.* 1912-1-145, sous Civ., 2 février 1910 ; *S.* 1911-2-161 sous Montpellier, — 29 déc. 1909 ; *S.* 1911-2-195 sous Paris, 16 février 1911 ; *S.* 1913 — 1209 sous Req., 22 janvier 1912 précité (les arrêts annotés par M. Wahl ne tranchaient pas la question de principe).

(3) Dans le sens de la non-rétroactivité : CH. LYON-CAEN, *R. G.*, 1913, 580 ; HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 1305 ; THALLER, n° 694 *ter* ; les observations de A. WAHL, *J. S.*, 1914, 145 : le savant professeur paraît pencher pour la rétroactivité, tout en ajoutant que la question est extrêmement délicate.

(4) On admet l'application de la loi de 1913 aux sociétés en commandite par actions, quoique l'article 31 nouveau de la loi de 1867 soit placé sous le titre des sociétés anonymes. En ce sens, presque tous les auteurs, en particulier PIC, n° 1377 ; *contra* cependant ROUSSEAU, n° 3242 *bis*, et *Gaz. Soc.*, 1913, 441.

cations aux statuts sont votées au quorum des trois quarts avec faculté de quorum décroissant, moitié à la seconde assemblée, un tiers à la troisième, et à la majorité des deux tiers (1).

(1) Cela sous la réserve de l'application éventuelle des principes généraux sur l'abus du droit, moyen de protection des minorités ; certains auteurs admettent même encore depuis 1913 l'existence de droits propres aux actionnaires (*Sonderrechte*). Comp. R. DAVID, Protection des minorités. *Thèse Paris*, 1928.

CHAPITRE PREMIER

Détermination des pouvoirs appartenant aux différents organes d'une société pour faire participer cette société à la vie juridique d'une autre société.

18. Actes d'administration, actes de disposition. — Parmi les conventions entre sociétés, il y en a qui sont assez fréquentes et assez nécessaires à l'ordre d'exploitation de chacune des sociétés contractantes pour pouvoir être conclues par les gérants ou administrateurs sans formalités spéciales : elles constituent des actes d'administration. Il serait vain d'en essayer ici une liste : la notion d'acte d'administration en droit privé⁽¹⁾ est essentiellement variable et fuyante ; les études qu'elle a provoquées ont mis en lumière l'impossibilité d'en donner un critérium absolu ; en matière commerciale, ce serait bien plus difficile encore qu'en droit civil, parce que le caractère d'acte d'administration ou de disposition dépend essentiellement des clauses statutaires qui précisent l'objet de la société envisagée :

(1) TRASBOT, L'acte d'administration en droit privé. *Thèse Bordeaux*, 1921 ; cet auteur essaie, page 197, une définition de l'acte conservatoire, de l'acte d'administration et de l'acte de disposition. Comp. G. BOURSAN, *Administration des sociétés anonymes*, p. 28.

l'administration, dans une société, c'est l'ensemble des actes juridiques dont l'accomplissement répété constitue la vie juridique ordinaire de cette société ; telle société pourra normalement vendre ou engager des biens faisant partie de son actif, si ces opérations ont pour but d'assurer la mise en valeur dans les conditions statutaires du patrimoine social, si elles font partie de celles qui constituent son objet social, elle pourra contracter par ses gérants ou administrateurs ce que telle autre société d'objet différent ne pourrait décider qu'à la majorité, ou même à l'unanimité des associés.

19. Pouvoirs des gérants et administrateurs. — La convention conclue ès qualité par les gérants ou administrateurs dans les limites de leurs pouvoirs oblige la société ; les gérants d'une société en nom collectif ou en commandite qui, sans excéder leurs pouvoirs, contractent sous la raison sociale obligent cette société (art. 22 C. commerce) ; les administrateurs d'une société anonyme agissant dans les conditions fixées par les statuts obligent la société sans s'obliger personnellement (art. 32 C. commerce) ; les gérants d'une société à responsabilité limitée ont, sauf clauses contraires des statuts, tous pouvoirs pour représenter la société et contracter des obligations en son nom (art. 24, loi du 7 mars 1925).

Les difficultés commencent lorsque la convention d'entente excède les pouvoirs ordinaires des gérants ou administrateurs de l'une des sociétés contractantes. Il peut se produire alors l'une des situations suivantes :

A. — La convention a été conclue par les gérants ou administrateurs seuls en excès de leurs pouvoirs ;

B. — La convention est de celles que l'assemblée ordinaire peut décider à la majorité des voix, ou bien elle suppose une modification statutaire permise à l'assemblée extraordinaire ;

C. — La modification statutaire que comporte la convention d'entente est de celles qui exigent l'unanimité des actionnaires, ou tout au moins des conditions de quorum et de majorité spéciales quand il s'agit de sociétés par actions constituées sous l'empire de la loi du 22 novembre 1913.

20. A. Des conventions conclues par les gérants ou administrateurs au delà de leurs pouvoirs. — Ces conventions ne peuvent obliger la société si les clauses statutaires précisant les limitations aux pouvoirs des gérants ou administrateurs ont été régulièrement publiées.

La société ne peut être obligée que dans deux cas :

a) Si elle ratifie l'acte ainsi passé : cette solution est commandée par l'analogie avec le cas du mandataire qui excède son mandat (art. 1998, al. 2, C. civil). Cette ratification, expresse ou tacite d'après les principes du mandat, paraît bien ne pouvoir être ici que l'œuvre d'une délibération de l'assemblée générale tenue conformément aux règles exigées pour les actes de la nature de celui qu'on ratifie ;

b) La société serait encore obligée, dans la mesure où l'acte aurait tourné à son profit (art. 1864 C. civil) : simple application de l'*in rem versum*, commandée par l'équité.

En dehors de ce cas, il faut donc une délibération des associés pour donner ses effets à la convention des gérants ou administrateurs.

21. B. Des conventions exigeant un vote à la majorité de l'assemblée générale. — Il s'agit par exemple d'une convention par laquelle une société anonyme cède à une autre société un ou plusieurs immeubles lui appartenant, quand l'aliénation d'immeuble, sans compromettre les clauses statutaires, doit, en raison de l'objet poursuivi par la société, être regardé comme un acte de disposition.

Ou bien, c'est une société par actions qui est amenée, pour intervenir dans le fonctionnement d'une autre société, à augmenter son propre capital, ou qui, pour s'assurer une majorité stable dans les assemblées d'une filiale, fait voter par celle-ci la création d'actions à vote plural : modifications aux statuts qui, dans une société par actions même antérieure à la loi de 1913, sont décidées par l'assemblée extraordinaire tenue aux conditions de quorums décroissants prévues par l'article 1^{er}, al. 4 de cette loi, et statuant à la majorité de deux tiers des voix.

Le consentement de chacune des sociétés en présence est régulièrement donné quand les associés ont voté aux conditions exigées par la loi.

22. C. Des conventions exigeant un vote à l'unanimité, ou tout au moins des conditions spéciales de quorum et de majorité à l'assemblée extraordinaire. — Dans le silence des statuts, toute modification statutaire dans une société par intérêt exige l'unanimité des associés. Il en est de même, dans les sociétés à responsabilité limitée, et, dans les sociétés par actions même constituées sous l'empire de la loi de 1913, du changement de nationalité, et de toute augmentation des engagements des associés ou actionnaires.

L'augmentation des engagements des actionnaires ne se présentera pas dans les conventions d'entente entre sociétés : l'affiliation d'une société par actions à une société de personnes n'augmente pas les engagements des actionnaires, qui continuent à être tenus chacun jusqu'à concurrence du montant de ses actions ; dans les sociétés en nom collectif, chaque associé, tenu personnellement de toutes dettes sociales, peut voir encore augmenter ses engagements, au cas d'affiliation de cette société à une autre société en nom collectif ; mais rien ne prohibe l'augmentation des engagements des associés en nom collectif.

Le changement de nationalité peut, au contraire, soulever quelques questions : les conventions qui auraient pour effet le changement de nationalité sont rendues difficiles par l'exigence de l'unanimité dans le vote.

Il en est de même, dans une mesure moindre, de celles qui ont pour effet, ou qui supposent pour se réaliser un changement dans l'objet social ou dans la forme de la société.

Quant aux conventions qui supposent la dissolution préalable et avant terme statutaire d'une ou plusieurs des sociétés contractantes, et à celles qui ne produisent leurs effets que moyennant cette dissolution, elles sortent du cadre déjà très vaste auquel nous avons limité volontairement nos recherches.

Il y a donc lieu d'étudier plus spécialement, parmi les conditions dans lesquelles s'exprime le consentement des sociétés en présence, celles qui touchent à la nationalité, à l'objet et à la forme de ces sociétés.

CHAPITRE II

Des conditions relatives à la nationalité des sociétés qui entrent en rapports.

23. **Exemples.** — Une société française contracte une entente avec une société étrangère : par exemple, il y a création par une société française d'une filiale à l'étranger ; ou, inversement, il existe une filiale française d'une société étrangère. Ou bien encore, deux ou plusieurs sociétés françaises, tout en continuant leur vie juridique distincte, s'associent pour former un groupement à l'étranger. C'est enfin le cas d'une société française et d'une société étrangère qui traitent d'égale à égale pour s'entendre sur des questions commerciales ou financières.

Pour étudier dans quelle mesure de pareilles conventions sont possibles sans exiger le consentement unanime des associés, c'est-à-dire sans comporter de changement de nationalité, il faut préciser les notions communément admises en matière de changement de nationalité des sociétés.

24. **Nationalité des sociétés.** — Toute société doit avoir une nationalité : mais il faut se garder d'une

assimilation complète de cette nationalité avec celle d'une personne physique. La nationalité d'un individu, c'est un lien d'ordre politique entre un État et cet individu : la matière de la nationalité appartient au droit public bien plus qu'au droit privé (1). Au contraire, quand on parle de la nationalité d'une société, on veut dire seulement que l'on rattache cette société à un certain État dans le système des conflits de lois : on lui confère un statut juridique pour déterminer la loi applicable dans tel ou tel cas aux rapports de droit nés du contrat de la société (2).

25. Critérium de détermination. — Il faut choisir un critérium de détermination de la « nationalité » des sociétés. A la veille de la guerre, on adoptait généralement celui du siège social; il n'était pas sans défauts (3), mais présentait sur tous ceux qu'on avait jusque-là proposés (nationalité des associés, pays de constitution de la société, lieu d'exploitation principale) l'avantage d'être apparent, stable, et de convenir à toutes formes de sociétés. Pendant la guerre de 1914, il fallut tenir compte d'autres éléments que du siège social : beaucoup de sociétés allemandes avaient en France des filiales, réputées sociétés françaises, bien que la majorité de leurs biens fussent aux mains des Allemands, ainsi que leur administration et leur direc-

(1) En voici la preuve dans les attendus de deux arrêts rendus par la Cour de cassation sur la même affaire : Civ. cass., 21 juin 19, Clunet, 19, 755, et Chambres réunies, 2 février 21, Clunet, 21, 204.

(2) Cf. J.-P. NIBOYER, *R. D. I. Privé*, 1927-402, et *R. Cr.*, 1924-470 ; J. HAMEL, *R. Cr.*, 1925-317. Comp. L. MAZEAUD, Cl. 28-5 et suivantes : cet auteur fait de la nationalité une conséquence nécessaire de la personnalité des sociétés.

(3) Cf. R. DEMOGUE, note S. 1908-2-177.

tion technique. Aussi les tribunaux français firent-ils application d'un nouveau critérium, celui du « contrôle », emprunté aux idées anglaises, et qui autorisait à mettre sous séquestre les biens des filiales de sociétés allemandes, dissimulées sous une prétendue nationalité française (1).

Mais, ces raisons de politique nationale mises à part, existe-t-il des motifs sérieux de rompre définitivement avec le critérium du siège social? La jurisprudence paraît hésiter. Faut-il déclarer avec la Cour de Colmar (2) que la nationalité des sociétés en nom collectif se détermine d'après la nationalité des associés, « en tenant compte accessoirement de l'activité prépondérante d'un ou plusieurs associés et de la proportion des intérêts engagés »? Malgré son fondement rationnel, une pareille thèse ne doit pas être généralisée (3) : elle autoriserait, de la part du juge, une recherche qui lui permettrait toujours de statuer dans le sens qui lui paraîtrait convenable, en s'appuyant de considérations qui supprimeraient toute ouverture à cassation; dans les sociétés en nom collectif, il est possible de tenir compte de la nationalité des associés, surtout quand la loi applicable, comme c'était le cas en Alsace en 1925, ne reconnaît pas à cette forme de société la personnalité morale. Mais, dans les sociétés par actions, où

(1) Cette idée de « contrôle » est à la base de l'article 297-b du traité de Versailles : les Alliés peuvent liquider à leur profit les biens des sociétés contrôlées par les Allemands ; les tribunaux arbitraux mixtes constitués pour l'application du traité en font un usage très large. Req. 20 juillet 1915, Clunet 15, 1164 ; PEPEY, *Thèse Paris*, 1:21 ; M. CUG, *Thèse Paris*, 1921 ; A. WAHL, *J. S.*, 16-135 ; PIC, Clunet 17.841 et traité, III, n° 2080 et suivants.

(2) Colmar, 29 octobre 1925, S. 1927-2-33, note NIBOYET.

(3) Montpellier, 3 mai 1925, S. 1926-2-75 ; cet arrêt, malgré quelques réserves, revient à la vieille formule du siège social.

constamment, par l'effet de la négociation des titres, se produisent des changements dans la répartition du capital social, et dans la majorité des assemblées, il faut un critérium pour fixer la nationalité : ce doit être le siège social réel, celui où se trouve centralisée la comptabilité, où se tiennent les réunions du Conseil d'administration et les assemblées d'actionnaires ; il suffit d'exiger que ce siège social ne soit ni fictif, ni frauduleux (1).

26. **Changement de nationalité.** — La nationalité de la société, ainsi déterminée, repose sur une présomption de volonté de la part des associés (2) ; si le siège social a été fixé dans tel ou tel pays, c'est parce que les associés ont voulu, ou sont présumés avoir voulu, soumettre les rapports de droit dérivés du contrat de société à la loi de ce pays. On doit donc admettre, en règle générale, que les associés sont libres, tout en fixant le siège social en France, de conférer expressément à la société une nationalité étrangère, ou inversement, pourvu toutefois que cette volonté clairement exprimée ne dissimule pas une fraude à la loi française. On ne voit pas pourquoi le contrat de société serait régi par des règles opposées à celles de tous les autres contrats ; la volonté des contractants ou des rédacteurs

(1) Condition déjà exigée par quelques arrêts avant la guerre. Rouen, 26 juillet 1912, *Pal.* 12-2-151 (Rochette) reproduite avec plus de précision dans ces années dernières, notamment par Trib. civil Bruxelles, 26 février 23, *D. P.* 23.2.54 ; — Cf. HOUPIN et BOSVIEUX, 5^e éd., n° 1488 ; J. PERCEROU, note *D. P.*, 1910-2-41 ; — PILLET, *Traité pratique de D. I. privé*, II, p. 786. — Comp. L. MAZEAUD, *loc. cit.* L'auteur analyse la jurisprudence avec grande finesse et conclut qu'elle exige la réunion de 3 éléments : loi de constitution, loi du siège social, lien sérieux avec le pays choisi.

(2) Comp. Req., 17 juillet 1899, *R. P. S. B.*, 99.310.

des statuts détermine une nationalité de la société.

Mais cette détermination de la nationalité est une clause d'une importance toute spéciale, en raison de ses conséquences dans l'appréciation de la validité de la société et dans son mode de fonctionnement. Aussi nos lois exigent-elles consentement unanime des membres de la société pour tout changement de nationalité (1).

27. Application de ces principes aux filiales et aux groupements de sociétés. — Ces considérations expliquent le large développement des ententes entre sociétés de nationalités différentes : il est très rare que la participation d'une société française au fonctionnement d'une société étrangère, ou inversement, comporte un changement de nationalité ; puisqu'il s'agit, par hypothèse, de conventions rapprochant seulement des sociétés sans dissoudre aucune d'elles, il arrivera qu'une société française, continuant son exploitation en France, fondera une filiale à l'étranger ; ou même que des fondateurs (français ou étrangers, peu importe), constitueront à la fois une société française et une société étrangère qui conserveront chacune leur nationalité distincte, tout en ayant entre elles les rapports juridiques les plus étroits ; l'affiliation d'une société française à une « société de sociétés » ayant son siège social à l'étranger n'empêche pas cette société de rester française, même si la super-société est une société de personnes et non de

(1) Même s'il est réalisé par un moyen indirect, comme par exemple la liquidation d'une société anonyme française par attribution aux actionnaires d'actions d'une société américaine représentant la majeure partie de l'actif de la société liquidée. Trib. comm. Seine, 20 janvier 1923, *R. S.*, 1927-315 ; *J. S.* 1926-562.

capitaux. Il faudrait supposer, pour qu'il y ait changement de nationalité, que le siège social d'une société française fût transféré à l'étranger : encore serait-il nécessaire, en pareil cas, que les associés eussent en vue un intérêt sérieux et légitime et non pas une fraude à la loi française (1) et que le transfert du siège social fût voté à l'unanimité, faute de quoi la société continuerait à être traitée comme française au regard de la loi française (2).

On comprend la rareté d'un tel changement de nationalité quand une société intervient dans le fonctionnement ou la constitution d'une autre société de nationalité différente. Et, dans l'état actuel de nos lois, il n'existe pas de disposition réglementant cette intervention quand elle n'entraîne pas de changement de nationalité. Le consentement de chaque société contractante pourra être donné soit par les gérants ou administrateurs, soit par l'assemblée générale délibérant à la majorité des voix, selon que l'acte passé fera ou non partie des pouvoirs statutaires de ces gérants ou administrateurs.

(1) Par exemple; il faut supposer que l'exploitation principale est transférée à l'étranger, et non pas qu'on veut éviter les exigences juridiques ou fiscales de la loi française.

(2) Req., 29 mars 1898, Clunet, 1898, 756.

CHAPITRE III

Conditions relatives à l'objet social des sociétés qui entrent en rapports.

28. La notion d'objet social. — Pour préciser la mesure dans laquelle l'objet d'une société peut limiter la faculté qu'a cette société de participer à la vie juridique d'une autre société, il faut d'abord rappeler la notion d'objet social (1).

L'objet social, c'est l'ensemble des opérations d'ordre économique, en vue desquelles la société s'est constituée : c'est le but que poursuit la société (2). Or, ce but est un élément essentiel du pacte social : sa modification est un acte particulièrement grave, qui exigeait avant 1913 l'unanimité des actionnaires ; on a même pu soutenir que la société a une capacité limitée par la détermination statutaire de son objet social, et fonder sur cette

(1) Il importe de ne pas confondre l'objet social, au sens qui va être précisé, et l'objet du contrat de société : on entend au sens ordinaire par *objet* les apports des associés (article 1833 C. civil). Nous appelons objet le but de la société, son objet d'exploitation ; l'objet social au sens que nous lui assignons n'est donc pas l'objet des contrats au sens de l'article 1126 du Code civil. Cf. J. HÉMARD, *op. cit.*, n° 27.

(2) THALLER, n° 351 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 68 ; C. VIVANTE, II, n° 343 ; K. LEHMANN, II, p. 471 : *Der Gegenstand des Unternehmens* ; E. BRODMANN, *Aktienrecht* (1928), § 182, p. 35.

idée, une limitation à la solution libérale consacrée par l'arrêt de 1878 (1). En réalité, on ne peut pas dire que la société soit frappée d'une véritable incapacité, en dehors du champ de son objet social ; on ne peut pas non plus invoquer le principe de la spécialité des personnes morales : ce principe est fait pour les établissements publics, c'est une règle administrative qui ne saurait être étendue au droit privé (2). La limitation de l'activité de la société au cadre des opérations constituant l'objet social n'est pas une disposition légale frappant la société d'une incapacité ; elle est seulement la conséquence nécessaire du respect des volontés qui se sont exprimées lors de la rédaction du pacte social ; au moment de la constitution de la société, les rédacteurs des statuts ont précisé le genre d'activité auquel est destinée la société ; les associés ont accepté ce genre d'activité à l'exclusion de tout autre ; on doit tenir compte de ce fait pour assurer le maintien de l'objet social primitif.

Ainsi s'explique l'importance du rôle de l'objet social dans les relations juridiques entre associés : la réalisation complète de l'objet, l'impossibilité absolue de le réaliser, sont causes de dissolution de la société (art. 1865, 2° ; art. 1844 C. civil). Le changement complet d'objet social, s'il n'est pas prévu par l'acte constitutif, peut avoir pour effet de dissoudre la société et d'en créer une nouvelle (3) ; il doit être voté à l'unanimité, ou tout au moins, pour les sociétés par actions

(1) CH. BEUDANT, note *D. P.*, 1879-1-5 ; comp. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, obligations, I, n° 237. V. *infra*, n° 80.

(2) L. MICHOD, II, p. 169 ; R. SALEILLES, p. 319 ; A. CHÉRON, n° 35.

(3) LÉON LACOUR, *J. S.*, 1913-147 ; A. WAHL, *Régime fiscal des sociétés*, n° 30 ; HOUFIN et BOSVIEUX, n° 1344.

constituées depuis la mise en vigueur de la loi du 22 novembre 1913, dans les conditions de quorum et de majorité prévues par le nouvel article 31 § 3 de la loi du 24 juillet 1867.

29. Pouvoirs des juges du fond. — A la modification complète de l'objet, on oppose souvent la simple extension ou restriction à l'objet social (1). Bien que cette distinction, dont nous rencontrerons des exemples notamment en matière de cession d'exploitation, ait pénétré dans la jurisprudence, il semble difficile de la fonder sur un critérium précis : le plus souvent, les décisions en cette matière ont été rendues en considération surtout des circonstances des procès qu'elles tranchaient. Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour rechercher, dans les clauses statutaires et dans les termes des délibérations modificatives des statuts, en quoi consiste la teneur et l'étendue de ces modifications ; ce sont eux qui précisent, quand deux sociétés entrent en rapports, quel est exactement l'objet de ces sociétés.

Mais la Cour de cassation se réserve un droit de contrôle sur les conséquences juridiques que les juges du fond tirent de l'examen des faits ; les arrêts précisent (2) qu'il appartient à la Cour suprême de rechercher si les modifications apportées aux statuts ont amené ou non un changement essentiel dans l'objet de la société. En raison de l'extrême élasticité des formules,

(1) Req., 6 déc. 1904. *D. P.*, 1904-1-624 ; HOUPIN et BOSVIEUX, n° 1319.

(2) Civ. Cass., 26 novembre 1894. *D. P.*, 95-1-57, note THALLER (charbonnage du Poirier) ; Civ. rej. 20 décembre 1882, *D. P.* 83-1-301 (Sté Calédonienne) ; Req. 6 déc. 1904, *D. P.* 04-1-624.

changement d'objet, extension aux affaires sociales, la jurisprudence de la Cour de cassation se ménage la possibilité de revirements, d'adaptations à l'évolution du droit (1).

30. Application de ces principes aux filiales et aux groupements de sociétés. — Il est impossible de donner une formule définitive des restrictions fondées sur l'objet social, à la faculté qu'a une société de participer à la vie juridique d'une autre société. Nous aurons très souvent à appliquer cette notion d'objet social; nous la retrouverons soit à propos des cessions d'exploitation, soit à propos de la société fondateur d'une autre société.

Nous aurons alors à nous demander si l'acte juridique envisagé doit être compris dans le cadre des opérations constituant l'objet social. Si l'affirmative résulte de notre analyse, toute difficulté sera écartée, en ce qui concerne l'objet social. Mais, si nous reconnaissons que l'acte en question est manifestement en dehors du cadre de l'objet social, une autre difficulté se présentera touchant la sanction de l'acte irrégulièrement accompli.

Par exemple, l'entrée d'une société comme associée dans une société d'objet différent, la cession de tout ou partie de l'exploitation à une autre société de même objet ou d'objet différent, peuvent en certains cas constituer des changements d'objet. S'il en est ainsi, les

(1) A. WAHL, n° 881. — Ex. : Bourges, 6 avril 92. *D. P.* 93-2-347, et Paris, 29 déc. 97. *D. P.* 98-2-445; à comparer avec Orléans, 9 janvier 1901, *D. P.* 03-2-201 (éclairage électrique ajouté à l'éclairage par le gaz). Comp. K. LEHMANN, *loc. cit.*, p. 473.

actes juridiques constituant changement d'objet dépassent les pouvoirs ordinaires des gérants ou administrateurs ; pour obliger la société, ils doivent être autorisés par l'unanimité des associés, ou, dans les sociétés par actions constituées sous l'empire de la loi de 1913, par l'assemblée extraordinaire avec quorum des trois quarts, et majorité des deux tiers des voix. A défaut de cette délibération, ces actes n'obligent pas la société (1).

(1) Arg. art. 22 C. comm. ; THALLER, n° 412. — Civ. rej. 17 mars 1926. *Rec. jur. soc.*, 1926-157 (2° moyen) (Browne c/ Fabre). Non obst. T. comm. Seine, 7 octobre 1919, *J. S.* 1921-500.

CHAPITRE IV

Conditions relatives à la forme des sociétés qui entrent en rapports.

31. Position de la question. — La forme juridique adoptée par une société est un élément essentiel du pacte social : la transformation d'une société est soumise aux mêmes conditions que le changement d'objet. La loi réglemente chacune des formes reconnues par elle, et les tiers, aussi bien que les associés, sont intéressés au maintien de ces règles.

Aussi, quand une société d'une certaine forme participe à la constitution et au fonctionnement d'une société de forme différente, doit-on se demander si cette participation est compatible avec les règles essentielles de la forme adoptée.

32. Différentes formes légales. — Il existe en droit français six catégories de sociétés (1) : *a*) la société civile (articles 1832 à 1873 C. civ.) ; *b*) la société en nom collectif (art. 20 à 22 C. comm.) ; *c*) la société en

(1) En négligeant l'association en participation, à cause de son caractère occulte et de son défaut de personnalité morale (art. 47 à 50 C. comm.).

commandite simple ; d) la société en commandite par actions ; e) la société anonyme ; f) la société « à responsabilité limitée » (loi du 7 mars 1925).

La comparaison de ces diverses formes fait naître trois sortes de questions :

A) Dans quelles conditions une société civile peut-elle s'associer à une société commerciale, et inversement ?

B) Une société contractée *intuitu personæ* peut-elle s'associer à une société par actions ?

C) Une société dont les membres ont une responsabilité limitée peut-elle entrer comme associée dans une société à responsabilité illimitée, et inversement ?

33. A. Participation d'une société civile à une société commerciale et inversement. — Comme le critérium de distinction des sociétés civiles et commerciales consiste dans la nature civile ou commerciale de leur objet principal, une société, civile à l'origine, peut devenir commerciale si elle vient à s'occuper principalement d'opérations commerciales (1) : elle doit alors satisfaire aux formes légales de constitution des sociétés commerciales du type qu'elle adopte, sous peine de n'être qu'une société de fait dont tout intéressé pourrait demander la nullité et la liquidation (2). Inversement, une société commerciale peut devenir une société civile si elle restreint son exploitation à des opérations d'ordre civil (3).

(1) Grenoble 9 déc. 90 (motifs) sous Req. 2 mars 92. S. 92-1-498 ; — Civ. rej. 5 mars 1913 S. 13-1-137. Cf. T. Comm. Seine 24 juin 1927. R. P. T. C. S. août 27-147.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 147 ; J. HÉMAR, *Nullités de sociétés*, 2^e éd., p. 240.

(3) WAHL, note J. S. 13.220, sous Amiens (sur renvoi), 20 nov. 12, J. S. 13.211.

Mais une société civile peut, sans devenir commerciale, s'intéresser à une entreprise commerciale, s'il ne s'agit pour elle que d'opérations accessoires destinées à lui faciliter l'accomplissement de son objet civil (1), et inversement, une société commerciale peut exceptionnellement s'occuper d'opérations civiles (2) sans pour cela perdre son caractère commercial.

La question de participation d'une société civile au fonctionnement d'une société commerciale, et inversement, doit donc se résoudre comme celle qui a été examinée à propos du changement d'objet social, puisqu'en réalité, le caractère civil ou commercial d'une exploitation se détermine d'après son objet principal, et non d'après la forme qu'elle adopte.

34. B. Participation d'une société « *intuitu personæ* » à une société par actions, et inversement. — Le caractère commun aux sociétés civiles, en nom collectif, en commandite simple, et à celles qui se constituent sous l'empire de la loi du 7 mars 1925 est qu'elles sont contractées par des personnes qui se font confiance les unes aux autres : ces diverses sortes de sociétés, avec des modalités d'application qui leur sont propres, répondent toutes à ce que les Romains appelaient l'*intuitus personæ*.

La participation de telles sociétés au fonctionnement de sociétés par actions est certainement possible : une

(1) WAHL, J. S. 1905-293 ; A. HENRY, J. S. 1919-172. Par exemple, elle peut souscrire des actions d'une société commerciale ; nous verrons que ce fait est très fréquent ; or, on admet en général que la souscription d'actions d'une société commerciale est un acte de commerce : Douai, 26 novembre 1925, R. S., 1926-22. T. C. Seine, 16 avril 1919, J. S. 1920-56.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 144 ; A. HENRY, loc. cit.

société, quelle que soit sa forme, est un groupement que l'on distingue, par un procédé de technique juridique, des personnes qui la composent. Dès lors, une société par actions peut, en tant que personne juridique, faire partie d'une société dont l'*intuitus personæ* est un élément essentiel (1) ; car, chacun des actionnaires peut continuer à négocier ses actions comme bon lui semble. Réciproquement, une société de personnes peut être actionnaire d'une société anonyme ou en commandite par actions ; l'*intuitus personæ* est respecté entre les membres de cette société de personnes.

35. C. Participation d'une société à responsabilité indéfinie à une société à responsabilité définie, et inversement. — Une société dont les membres ont une responsabilité limitée peut toujours faire partie d'une société dont les membres ont une responsabilité indéfinie, et réciproquement.

a) En effet, soit une société anonyme associée d'une société à responsabilité indéfinie ; d'une part, chacun des actionnaires de cette société anonyme a sa responsabilité limitée comme auparavant ; et, d'autre part, la société anonyme envisagée comme personne juridique, est indéfiniment responsable sur tout son patrimoine, vis-à-vis des créanciers de la société dont elle est membre (2) ;

b) Soit une société à responsabilité indéfinie A, membre d'une société par actions ou à responsabilité

(1) HOUPIŒ et BOSVIEUX, n° 72 ; G. DROUETS, *Sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., n° 86, 2°.

(2) Cette proposition a fait l'objet de controverses doctrinales assez passionnées pour qu'il soit impossible de les négliger : on a professé en Allemagne (BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*) et en Italie (Vi-

limitée B : d'une part chacun des membres de A continue à répondre indéfiniment vis-à-vis des créanciers de A ; et, d'autre part, la société A peut, tout en restant une société à responsabilité illimitée, être actionnaire de B, c'est-à-dire n'être tenue qu'à concurrence de son apport.

36. Conclusion. — Le problème de la participation d'une société au fonctionnement d'une société de forme différente doit donc être résolu dans le sens le plus libéral ; et l'on peut généraliser sur ce point la formule de l'arrêt de 1878, qui ne statuait que pour les sociétés en nom collectif.

VANTE, 1^{re} éd. du *Trattato* en 1893) l'opinion contraire à celle défendue au texte ; malgré le ralliement de Vivante (*Tr. dir. comm.*, 4^e éd. t. II, n^o 298-e) à la thèse libérale de VIGHI (*La personalità giuridica*, 1900, p. 155), un article signé des deux professeurs STRAFFA et BONFANTE conclut encore en 1921 à l'impossibilité de constituer une société en nom collectif dont les associés seraient des sociétés anonymes (*Rivista del diritto commerciale*, 1921, p. 609) : la société en nom collectif étant une société de personnes physiques, ne pourrait se composer de sociétés de capitaux. Cette sévérité nous paraît condamnée par les faits qui prouvent la possibilité du bon fonctionnement de pareilles sociétés ; et aussi par les considérations juridiques qui sont exposées au texte ; il ne faut pas abuser du compartimentage nécessaire des diverses formes de sociétés pour contester la validité de combinaisons qui ne froissent aucun des caractères essentiels à chacune de ces formes.

TITRE II

DES CONDITIONS RELATIVES AU BUT POURSUIVI PAR LES ENTENTES ENTRE SOCIÉTÉS

37. La notion de but licite. — Pour qu'un acte juridique soit valable, il faut non seulement qu'il soit l'œuvre d'une volonté régulièrement exprimée, mais encore que le but d'ordre économique auquel il tend soit licite et moral. En particulier, la création d'une filiale, la conclusion par une société d'une entente ou d'une alliance avec une autre société ne doivent être contraires à aucun impératif juridique ; on exige ici, avec juste raison, une harmonie entre les fins poursuivies par la société participante et le point de vue supérieur de l'intérêt général.

Lorsque le but auquel tend la participation d'une société à la constitution et au fonctionnement d'une autre société est manifestement contraire à ce que l'article 6 du Code civil appelle « l'ordre public », il existe plusieurs moyens de la frapper : on peut, outre la sanction des dommages-intérêts au profit des personnes lésées (article 1382 C. civ.) prononcer la nullité de l'acte illi-

cite; dans certains cas, la loi pénale intervient pour renforcer les sanctions civiles. La difficulté, comme on l'a souvent fait remarquer, provient de l'extrême imprécision de la notion d'ordre public en droit privé français (1); il est peut-être plus exact de remplacer cette notion fuyante par celle de « dispositions impératives ou prohibitives », qu'on opposait à celle de « dispositions facultatives, ou interprétatives de volonté »; mais, si les termes employés sont plus précis, la difficulté subsiste quand il s'agit de tracer la ligne de partage entre ces deux catégories de dispositions légales.

La tâche n'est pas beaucoup plus facile à ceux des civilistes qui sont fidèles à la notion de « cause » dans les obligations (2). Il est fort incommode, à moins de renoncer délibérément à toute systématisation juridique, d'entreprendre une délimitation du domaine de la cause illicite. On doit s'en féliciter, car la forme vague de l'article 1131 ouvre la porte aux innovations hardies de notre jurisprudence; mais il est peut-être téméraire d'essayer une théorie des « conditions relatives au but poursuivi par les ententes entre sociétés ».

Nous commencerons par commenter brièvement l'article 419 du Code pénal : d'excellents travaux récents (3)

(1) Comp. J. MARMION, *Les dispositions d'ordre public en Droit interne français*. Thèse, 1925; E. BARTIN, *Cours inédit de droit approfondi*. Paris, 1926-27.

(2) H. CAPITANT, *la Notion de Cause dans les obligations*, Paris, 1923; R. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, t. II. Comp. G. RIPERT, *la Règle morale dans le Droit des obligations*, Paris, 1925.

(3) Principalement les travaux de M. LÉON MAZEAUD : cet auteur a publié, outre sa thèse sur les Unions de Producteurs devant la Loi pénale (Lyon, 1924) un commentaire de la loi nouvelle au *Dalloz* périodique 1927-4-145, suivi bientôt d'une monographie sur le délit d'altération des prix (1927), dont la substance se retrouve dans un volume sur le régime des Ententes entre producteurs (Paris, 1928). V. en outre: G. BLET, *R. P. T. C. S.*, 15 juillet 1927; J. TCHERNOFF, *R. S.*, 1927, 73.

nous dispenseront d'insister beaucoup sur cette matière délicate. Les sanctions civiles, auxquelles sont également consacrées de nombreuses monographies, seront exposées ensuite.

CHAPITRE PREMIER

L'article 419 du Code pénal.

38. L'article 419 ancien et les tendances de la jurisprudence (1). — Le texte compliqué de l'article 419 ancien (2) était rédigé sous l'influence directe des préoccupations révolutionnaires : on se rappelait les décrets sur le maximum et la loi du 26 juillet 1793 ; l'accaparement restait un grand danger pour la sécurité du peuple. Mais, comme il arrive souvent en présence de dispositions répressives inspirées par des circonstances politiques, les juges s'étaient assez vite lassés de les appliquer rigoureusement ; de plus en plus, le ministère public faisait preuve d'un opportunisme louable ; et l'arme puissante de l'article 419 faisait surtout fonction d'épouvantail.

(1) E. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 419 et 420 ; J. TCHERNOFF, *Droit pénal financier*, n° 460 à 487.

(2) L'article 419 du Code de 1810 était ainsi libellé : « Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par *réunion* ou *coalition* entre les *principaux détenteurs* d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des marchandises ou denrées ou des papiers et effets publics, au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis... »

C'est que les idées en matière économique avaient singulièrement changé en un siècle : on avait admis les bienfaits de la concentration des entreprises ; les cartels, les trusts s'étaient multipliés, sans qu'on leur reconnût tous les dangers de l'accaparement ; les tribunaux acquittaient quand il existait le moindre doute sur la preuve d'un des éléments du délit (1). En 1838, la Chambre criminelle refusait d'appliquer les peines de l'article 419 aux membres d'une société commerciale, sous le prétexte qu'une société ne formait légalement qu'une seule personne morale, et n'était donc pas une coalition (2) ; on hésitait au cas de fusion de sociétés (3). On s'était décidé (4), moyennant quelques protestations doctrinales, à frapper une coalition constituée sous la forme d'un syndicat professionnel (loi du 21 mars 1884) ; et encore l'arrêt qui statuait ainsi avait-il cru devoir faire remarquer que la loi de 1884 n'avait pas aboli l'article 419.

Une réforme législative était réclamée par la pratique des parquets, et par la pratique commerciale. Elle a trouvé sa formule dans la loi du 3 décembre 1926.

39. L'article 419 nouveau. — L'article 419 du Code pénal, dans la rédaction nouvelle que lui a conférée la loi du 3 décembre 1926, fait un délit correctionnel de l'altération des prix de denrées ou marchandises, ou

(1) Ex. Paris 5 août 1890, *Ann. dr. comm.*, 1891-1-17 (Sté des métaux).

(2) Crim. rej., 26 janvier 1838, S. 1838-1-241 ; Toulouse, 13 juin 1837 (Cie des messageries générales du Midi) ; comp. toutefois en sens contraire : Aix, sous Crim. rej., 31 août 1838, S. 1838-1-188.

(3) J. PERCEROU, *Ann. dr. comm.*, 1897-282.

(4) Paris, 23 janvier 1888. S. 89-2-49, note R. JAY, et Crim. 17 juin 1922, *Pal.* 22-2-433 ; MAZEAUD, *Délict d'altération des prix*, p. 77.

d'effets publics ou privés, réalisée par des moyens frauduleux dont les uns ont été précisés par le texte, et d'autres laissés à l'appréciation des juges du fait (1).

Ce délit comporte la réunion des deux éléments suivants :

1° Une hausse ou une baisse artificielle des prix des denrées, marchandises, effets publics ou privés (2), opérée ou tentée intentionnellement, directement ou par personne interposée;

2° Cette altération des prix doit être opérée ou tentée par l'un des moyens ci-dessous : *a)* faits faux ou calomnieux semés sciemment dans le public ; *b)* suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs ; *c)* offres jetées sur le marché à dessein de troubler les cours ; *d)* moyens frauduleux quelconques ; *e)* action *individuelle* ou *collective* sur le marché en vue d'un bénéfice anormal.

C'est ce dernier moyen d'altération des prix qui autorise les poursuites contre les ententes de producteurs. Remarquons les innovations de la loi de 1926, en ce qui concerne la répression des coalitions : l'ancien article 419 ne frappait pas la tentative d'altération des prix, mais il faisait de la coalition un moyen délictueux spécial. Désormais, au contraire, la coalition n'est ré-

(1) Un arrêt d'Aix, 19 avril 1928 (*Rec. jur. soc.*, 28,213 et la note) (Sté générale des poteries culinaires de Vallauris) refuse d'appliquer le texte nouveau à un cartel-société d'achat et de vente constitué en vue de remédier à des circonstances économiques défavorables, et non pas de permettre aux producteurs unis de créer artificiellement une hausse des prix ; il précise, au milieu de considérants fort nombreux, quelques-unes des conditions d'application du nouvel article 419, et écarte, en même temps, la nullité civile.

(2) Effets privés : innovation de la loi de 1926. Comp. DEMOGUE, II, n° 816. Mais, déjà avant cette loi, Paris, 19 mars 1883. *Pal.* 83-1-479, Cf. J. MOLIERAC, *R. S.* 1927-338 ; J. TCHERNOFF, *R. S.*, 1927-73.

primée qu'au même titre que l'action individuelle sur le marché, si elle a pour but la recherche d'un bénéfice exagéré, et si elle altère ou tente d'altérer les prix.

Le texte nouveau renforce donc les sanctions du Code pénal à trois points de vue : *a*) il punit la tentative d'altération des prix ; *b*) il évite de préciser quelles coalitions sont punissables : c'est un moyen de permettre aux juges de les punir toutes (1), sans distinction entre les formes sous lesquelles elles apparaissent (2) ; *c*) il aggrave les peines édictées.

Par contre, il favorise les auteurs du délit par deux sortes de mesures : *a*) il institue en leur faveur *deux garanties de procédure*, l'instruction obligatoirement contradictoire ; *b*) par l'extrême imprécision des termes « action individuelle ou collective », il autorise le juge, non seulement à frapper toute coalition qui lui paraît dangereuse, mais surtout à distinguer, parmi les coalitions, celles qui sont dangereuses de celles qui ne le sont pas : au lieu de lier le juge par un texte précis, elle l'encourage à entreprendre une recherche qu'il n'osait auparavant qu'avec timidité (3). Le droit pénal lui-même autorise ici son interprète à déterminer en quels cas la coalition qui aura agi ou tenté d'agir sur le marché aura eu pour but la poursuite d'un « bénéfice anormal ». Les magistrats ont pleins pouvoirs pour apprécier la qualité des ententes, pour ranger une coalition dans la catégorie des bons

(1) *J. O.*, 14 mars 1924, p. 1264 (Chambre, rapp. Raynaldy).

(2) Trav. prép. *J. O.*, 20 nov. 1923, p. 1650 (Sénat, rapp. Pouille).
L. MAZEAUD, Délit d'altération des prix, p. 80.

(3) Cf. *E. GARÇON*, art. 419, n° 17 et 18.

ou dans celle des mauvais trusts, selon le but qu'ils lui ont découvert.

Le rôle des juges correctionnels se rapproche ainsi de celui des juges civils, qu'il nous reste à étudier.

CHAPITRE II

Les sanctions civiles.

40. **Domaine de la nullité civile.** — Lorsque l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société poursuit un but non reconnu par le droit, il existe plusieurs moyens de la frapper, à défaut de l'application du texte pénal, dont le domaine est nécessairement limité. On peut recourir aux procédés habituels que fournit le droit civil. Le plus courant est l'action en nullité, cela sans préjudice des dommages-intérêts que peuvent réclamer les victimes de l'acte attaqué. Il existe, selon les cas, plusieurs moyens empruntés au droit commun des obligations ; par exemple, au cas de constitution frauduleuse d'une filiale au détriment des créanciers de la société-mère, ceux-ci peuvent recourir à l'action Paulienne de l'article 1167 du Code civil, et même, en cas de faillite de la société débitrice, le syndic représentant la masse des créanciers peut agir, en vertu de l'article 447 du Code de commerce. Nous n'avons pas à étudier ici ces actions ; nous devons seulement nous attacher à la nullité fondée sur le but illicite de l'entente entre sociétés.

La violation de tout principe économique ou moral qui se précise assez pour se formuler en règle juridique peut légitimer une nullité civile. Des tentatives doctrinales ont été faites, surtout à l'étranger, pour élargir ce domaine de la nullité et permettre d'annuler des alliances entre producteurs sur le fondement du respect de la personnalité humaine (1) : tout homme, tout groupement humain doté de la vie juridique, a, dit-on, le droit d'employer librement son activité économique ; en permettant la formation de trusts qui comportent de la part de leurs membres un abandon total de leur personnalité économique, ne porte-t-on pas atteinte à la faculté reconnue à tous de travailler librement (2) ?

Cette idée est beaucoup trop imprécise pour avoir trouvé quelque écho dans les décisions judiciaires ; mais elle n'est peut-être qu'une forme, dissimulée sous l'apparence d'une nouveauté artificielle, du célèbre principe de la liberté commerciale qui, lui, trouve place dans notre droit positif, et sur lequel nous devons insister quelque peu.

41. L'évolution des idées relatives à la liberté du commerce et de l'industrie. — On comprend que, dans un domaine où les faits économiques conditionnent dans une aussi large mesure toutes les règles juridiques, il

(1) Notamment A. LEMBERG, *Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit* (Limitations conventionnelles à la liberté commerciale et industrielle), Breslau, 1888, p. 39 et suiv. Comp. en France B. RATNAUD, *R. Cr.*, 1904, p. 558.

(2) De même, peut-on considérer comme licite une convention par laquelle une société s'engagerait à ne pas agir sans l'avis préalable ou sans l'assentiment d'une autre ? Il semble que ce serait contraire au principe de libre activité économique.

soit à peu près impossible d'énumérer les cas de nullité civile des coalitions. Les principes juridiques sur lesquels se fondent les décisions judiciaires sont modelés sur les idées économiques ; ils ont donc fort peu de rigidité et la formule en varie sans cesse. Une histoire de la jurisprudence relative aux coalitions depuis un siècle serait fort instructive à cet égard ; on a pu signaler une curieuse évolution qui s'est opérée au cours du xix^e siècle pour aboutir à la distinction actuelle entre la bonne et la mauvaise entente, entre celle qui poursuit un but de modération, de protection, de défense, et celle qui poursuit un but de monopole ou d'accaparement(1).

Le critérium des bonnes et des mauvaises ententes a changé ; il est difficile d'en donner un qui résiste à la poussée des faits économiques ; au début du siècle dernier, on avait une foi absolue en les bienfaits de la libre concurrence ; la liberté de la concurrence, la liberté du commerce et de l'industrie faisaient partie de l'appareil des théoriciens révolutionnaires ; à cette époque d'individualisme intransigeant, on ne croyait pas devoir permettre la moindre entrave à ces principes. Si la jurisprudence avait la sagesse de ne pas condamner indistinctement les coalitions, on voyait, en 1826, la Cour de Bourges, suivie par la Cour de Cassation, annuler une société conclue entre tous les fabricants de faïence de Nevers, sauf un : cette société violait le principe de la liberté commerciale en forçant les acheteurs à accepter les conditions fixées par elle(2).

(1) J. PERCEROU, *D. P.*, 1912-1-33 ; R. DEMOGUE, II, n° 816 ; H. LÉVY-ULLMANN, S. 1902-2-225.

(2) Bourges, 11 août 1826, et Civ. rej., 18 juin 1828. *D. rép. Jur. gte*, v° Obligations, n° 613.

Au milieu du XIX^e siècle, la sévérité paraissait même devoir augmenter, car la Cour de Douai, en 1851, frappait un contrat par lequel des marchands de bois s'obligeaient à fixer leurs prix d'achat et de vente pour s'assurer un bénéfice de 4 0/0 à 5 0/0 (1) : il suffisait que ces marchands fussent les seuls à faire le commerce du bois dans un certain port de mer. On n'avait pas de compte à tenir du but poursuivi, puisque celui-ci était la recherche d'un bénéfice, sans doute élevé pour l'époque, mais non pas scandaleux.

On pourrait citer beaucoup d'autres arrêts rendus vers le même moment avec le même esprit de sévérité (2).

Aujourd'hui, nous professons un certain scepticisme à l'encontre des grands principes juridiques révolutionnaires et, si la liberté du commerce et de l'industrie reste inscrite dans nos lois et dans nos arrêts, on la soumet à l'épreuve de la critique ; on reconnaît les bienfaits de certaines ententes à fin de monopole, de certains accords sur les conditions de vente et d'achat. Et la Cour de Nancy n'hésite pas à faire en 1902, à la suite du Tribunal de Briey, un éloge sans réserve du comptoir métallurgique de Longwy, qui plaidait contre un de ses adhérents (3).

Il faut rechercher les véritables raisons qui justifient le principe de liberté commerciale et industrielle ; or, il y en a deux principales : d'abord, on doit sauvegarder la liberté reconnue à tous d'exercer une activité pro-

(1) Douai, 13 mai 1851, *D. P.* 1853-2-27 ; *S.* 1851-2-733.

(2) Ex. Nancy, 25 juin 1851, *D. P.*, 53-2-99 ; Cass. civ., 14 juillet 1854, *D. P.* 54-1-301.

(3) Trib. civ. Briey, 14 février 1902 et Nancy, 25 novembre 1902. *Écho des Mines et de la Métallurgie*, 1904, p. 371.

ductive dans un domaine quelconque, et, par conséquent, on doit empêcher la maîtrise, mais seulement la maîtrise absolue, d'une coalition sur le marché d'une certaine catégorie de produits. Ensuite, on désire, et tout spécialement dans les époques troublées qui suivent les grandes crises nationales, protéger le consommateur contre l'exigence d'un prix excessif par le détenteur d'un monopole de fait ; car, si le monopole ne confère pas un pouvoir arbitraire de fixation des prix, il permet tout de même d'élever de façon assez sensible le niveau des prix qu'aurait déterminés le jeu de la libre concurrence.

Aussi la jurisprudence a-t-elle tendance à s'inspirer de ces considérations pour apprécier la qualité des ententes qui lui sont soumises.

42. Les principales tendances de la jurisprudence. — Pour savoir si l'entente dont on discute la validité est ou non contraire au principe de la libre concurrence, ou à celui de la liberté commerciale et industrielle, les Tribunaux recherchent en fait quelle est la durée de cette entente, combien elle comporte de producteurs ou de détenteurs d'une certaine catégorie d'objets, quelle est l'étendue de son rayon d'action.

L'entente comprenant une minorité d'industriels ou de commerçants, agissant dans un rayon étroitement circonscrit, et pour un laps de temps limité est licite ; cela quelle que soit la catégorie de marchandises sur laquelle elle opère, et quel que soit le motif qui ait amené les producteurs à contracter cette entente (1) ; à

(1) Grenoble, 1^{er} mai 1894, *D. P.* 1895-2-221 (Sté des Tuileries) ; *Pic*, n° 428 ; *Houpin et Bosvieux*, p. 16, note 2 ; *Copper Royer*, n° 11.

condition, bien entendu, que le groupement ne tombe pas sous le coup de l'article 419 du Code pénal.

Si l'un des éléments ci-dessus (minorité des producteurs ou détenteurs d'une catégorie d'objets, limitation d'étendue, limitation de durée) fait défaut, l'entente peut encore être licite ; mais alors, on doit apprécier le but en vue duquel elle s'est constituée ; c'est ainsi que la Cour d'Aix a pu déclarer valable une entente qui groupait en une société anonyme 27 sur 33 des industriels locaux, bien que ce cartel ait exercé en fait une certaine action sur les prix : l'arrêt a tenu compte du fait que l'entente était locale, et surtout du but poursuivi par elle ; remède à des circonstances économiques fâcheuses, plutôt que monopole et suprématie du marché (1).

Ainsi peuvent s'expliquer, et se concilier, les décisions très nombreuses rendues au civil en matière de coalition (2).

43. Fondement juridique de ces solutions. — La plupart des jugements et arrêts rendus au civil en matière de coalition se fondent sur l'article 1131 du Code civil, aux termes duquel l'obligation sans cause, ou sur une

(1) Aix, 19 avril 1928. *Rec. jur. soc.*, 1928-213.

(2) Arrêts prononçant la nullité d'ententes : Nancy, 15 déc. 1874, S. 75-2-288 (carrières de Liverdun). Req., 11 février 1879, D. P. 79-1-345 (Union française des fabricants d'iode) ; Paris, 18 décembre 1890, *Annales dr. comm.*, 1891-1-23 (Sté des métaux) ; Bordeaux, 2 janvier 1900, S. 1901-2-225 (Union des Chaux de Saint-Astier) ; — Arrêts validant de sententes : Grenoble, 1^{er} mai 1894 précité ; Paris, 14 janvier 1902, D. P., 1903, 2 297 (note PERCEBOU) ; Paris, 15 décembre 1904, R. T. D. C., 1905 893 ; Paris, 7 mai 1908, D. P. 10-2-337 (ligots allume-feux) ; Req., 3 mai 1911, D. P. 12 1-33 (polissage des glaces) ; T. Comm. Saint-Etienne, 11 avril 1911, *Mon. Jud.*, Lyon, 1^{er} novembre 1911 (tisseurs de Saint-Etienne) ; Lyon, 12 octobre 1922, R. S., 1923-292 (Sté de fabrique de peignes à tisser de Saint-Etienne) ; Liège, 29 mai 1925, *Pas.*, 1926-2-39 (planteurs de betteraves). Aix, 19 avril 1928, précité.

« fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet » ; et sur l'article 1133, d'après lequel « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

L'intention des juges est de frapper les ententes qui leur paraissent dangereuses ; il leur faut trouver dans le droit en vigueur le moyen de justifier leurs solutions ; les articles 1131 et 1133 sont extrêmement commodes, en raison de leur formule vague et de leur élasticité. Est-ce à dire que la théorie de la *cause illicite* soit indispensable, ou même utile pour appuyer les décisions judiciaires réclamées par la pratique ? Il est permis d'en douter : la cause ne nous paraît pas être une condition essentielle à la formation des contrats ; il nous semble plutôt que la « cause illicite » soit un moyen technique d'annuler certains actes juridiques qui paraissent dangereux ou blâmables.

La notion de cause, autour de laquelle s'étaient amassées tant de controverses et d'incertitudes, a été dégagée avec une maîtrise exceptionnelle par le remarquable travail de M. Capitant (1). Mais, peut-être peut-on conserver encore, en certains cas, quelques doutes sur la nécessité d'une théorie de la cause : le contrat existe dès qu'il est le résultat d'un accord de volontés sur un objet déterminé ; le caractère illicite de la cause, c'est-à-dire du but recherché, n'empêche pas le contrat d'exister, il le fait seulement annuler pour des raisons d'intérêt général ; dans le cas qui nous occupe, la violation du principe de liberté industrielle et commerciale

(1) H. CAPITANT, *la Notion de cause dans les obligations*, Paris, 1923.

suffit à fonder l'annulation, puisque ce principe est affirmé par des textes impératifs auxquels il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières (art. 6 du Code civil); dire que telle ou telle entente entre sociétés doit être annulée, qu'elle est contraire au principe de liberté industrielle et commerciale, ou qu'elle a une cause illicite, c'est donc exprimer la même idée sous trois formules différentes; la première se contente d'exposer le résultat, la seconde explique la raison de cette nullité, la troisième se borne à évoquer une notion abstraite et générale dont on a pu souvent contester l'utilité (1).

(1) J. HÉMAR, *Précis de droit civil*, II, n° 1154 et 1155.

LIVRE II

DES FILIALES

44. — Les considérations économiques que nous avons exposées dans notre introduction montrent à la fois l'importance des filiales et la variété des buts auxquels répond leur création. Nous voulons maintenant présenter une étude juridique des filiales ; cette étude concerne principalement le rôle joué par la société-mère dans la constitution et dans le fonctionnement de sa filiale ; mais il est nécessaire, avant d'aborder les détails de cette matière, de préciser d'abord la notion de filiale et de mettre en lumière l'idée que la filiale, si elle est subordonnée à la société-mère, a néanmoins une personnalité propre, et constitue une société distincte de la société-mère.

Nous diviserons donc l'étude des filiales de la façon suivante :

TITRE PREMIER — La notion de filiale.

TITRE II. — De l'intervention de la société-mère dans la constitution de la filiale.

TITRE III. — De l'intervention de la société-mère dans le fonctionnement de la filiale.

TITRE PREMIER

LA NOTION DE FILIALE

45. Définition. — Quand deux sociétés, distinctes en apparence, ont cependant entre elles des liens assez étroits pour que l'une soit en réalité sous la dépendance de l'autre, on dit que cette société est une filiale de la première. La société filiale se reconnaît donc à la réunion de deux caractères essentiels :

1° Elle est une véritable société, distincte de la société-mère qui l'a créée : elle a une *personnalité* juridique ;

2° Malgré cette apparente indépendance, elle reste subordonnée à la société-mère : cette *subordination* résulte du rôle joué par la société-mère dans la constitution et dans le fonctionnement de sa filiale.

La notion de filiale n'est pas nouvelle ; elle résulte nécessairement de la participation d'une société à la vie juridique d'une autre société ; dès l'instant où l'on admet l'existence d'un être moral appelé société, on doit lui permettre de contracter avec d'autres sociétés. Par le jeu de ces contrats, il s'établit une interdépendance qui finit par se traduire par la subordination plus

ou moins complète d'une société à l'autre. Mais le mouvement de concentration des entreprises, qui s'accroît depuis un siècle, a donné aux filiales une importance toute spéciale : les avantages d'ordre technique, commercial ou financier qui résultent de leur création expliquent facilement le développement considérable des filiales dans l'organisation actuelle de la production.

En face de ce fait économique si important, on est frappé de la pauvreté de la littérature juridique consacrée aux filiales. Il semble que jusqu'ici les juristes aient dédaigné cette matière dépourvue de réglementation légale (1) ; la jurisprudence elle-même ne l'aborde qu'avec prudence et sur des points tout spéciaux. Pourtant, il est particulièrement intéressant de construire une théorie des filiales, et de transporter sur le terrain du droit positif cette matière que nous livre la science économique.

46. Histoire de la notion de filiale. — La notion de filiale est relativement simple, si l'on se contente de la définir par ses deux caractères essentiels : personnalité propre, distincte de celle de la société-mère, et subordination totale ou partielle à cette société-mère.

Mais entre ces deux caractères, il existe, au moins en apparence, une opposition évidente ; et pour celui qui admet toutes les déductions tirées de l'idée traditionnelle de personnalité, il est singulier de voir une société qui soit sous la dépendance d'une autre société, tout en gardant son autonomie juridique. C'est certainement la nouveauté de cette situation qui a longtemps

(1) V. pourtant en matière fiscale article 27 de la loi du 31 juillet 1920. *Infra*, n° 64.

dérouté les arrêts et les auteurs, au point de leur faire éviter toute théorie des filiales. Ou bien, plus exactement, c'est ainsi que s'explique l'évolution de la notion de filiale depuis un quart de siècle : le mot de filiale pénètre aujourd'hui de la langue économique dans la langue juridique à la suite d'un changement dans les idées sur la personnalité des sociétés.

Ce changement nous paraît avoir été déterminé par la guerre de 1914, lorsqu'il s'est agi d'apprécier la nationalité des sociétés ayant leur siège social en France, mais dont les Allemands détenaient ce qu'on a appelé le « contrôle ».

Auparavant, la seule existence d'une société pourvue d'une personnalité propre suffisait pour la traiter en tous points comme indépendante; peu importait qu'il y eût unité de but, unité de gestion entre cette société et une autre à laquelle elle était en fait subordonnée. Le premier des deux caractères des filiales — personnalité distincte — absorbait l'autre, et la notion de filiale restait dans l'ombre.

Pour que le lien de subordination apparût, la jurisprudence exigeait que la société-mère eût agi directement, en tant que personne morale, dans la constitution de la filiale; il importait peu qu'en fait les deux sociétés eussent des relations d'affaires très étroites, et que l'une eût en portefeuille un grand nombre d'actions de l'autre; il fallait aussi que la source de ces relations d'affaires résidât dans une série d'actes précis, de nature à faire considérer la société-mère comme fondateur, puis comme administrateur de la filiale (1).

(1) Req., 20 juillet 1915, S. 16-1-148. Paris, 17 décembre 1919. *Gaz. Palais*, 12 janvier 1920.

Et encore la plupart des décisions judiciaires avaient-elles tendance, en ce cas, à perdre de vue que la filiale est une société distincte de la société-mère : elles la traitaient comme une simple succursale (1). En particulier, la Chambre des requêtes qualifiait, en 1913, de succursale d'une société anonyme suisse la société en nom collectif constituée en France par cette société suisse et par deux de ses directeurs généraux, alors que les deux entreprises avaient même objet, que la société-mère se réservait 80 0/0 des bénéfices, et usait de la signature sociale, au même titre que ses coassociés.

Ainsi, la jurisprudence méconnaissait la coexistence des deux éléments de la filiale : elle se contentait, en général, de l'apparence extérieure, et traitait les deux sociétés comme absolument indépendantes ; quand le lien de subordination était trop apparent pour être négligé, elle oubliait volontiers que la filiale est une société distincte de la société-mère, et l'assimilait à une succursale.

47. Explication du changement survenu. — C'était bien en harmonie avec les idées les plus accréditées en matière de personnalité morale : avec la vieille théorie de la fiction, qui avait déjà perdu beaucoup de partisans, comme avec les théories dites de la réalité, qui en avaient beaucoup, même en France, la personne morale était une entité juridique, et l'on n'avait pas à s'occuper de ce qu'elle contenait ; on ne concevait pas qu'une personne morale fût sous la dépendance d'une autre ; ou bien, si elle n'en était que le reflet, sa personnalité s'ef-

(1) Req., 23 juillet 1913, S. 17-1-142.

façait pour devenir un simple prolongement de celle de l'autre : il y avait succursale et non filiale.

Mais, il faut bien se dire que la personnalité morale n'est qu'un procédé commode de technique juridique (1), derrière lequel il y a une réalité très simple : un patrimoine affecté à un certain but qui constitue l'objet social, et soumis à un régime de propriété collective ; quand le besoin se fait sentir de séparer d'une personne morale certains organismes qui lui sont subordonnés, on donne à ceux-ci, par le même procédé de technique, une vie juridique indépendante ; mais l'existence distincte de ces personnes morales ne doit pas faire oublier leur lien avec la personne morale dont elles sont issues. Ainsi peut s'expliquer la coexistence des deux caractères des filiales : personnalité distincte et lien de subordination. C'est à peu près de cette manière qu'on pourrait expliquer aussi en droit public — réserve faite des différences exigées par la nature spéciale de la personnalité des services publics — l'existence de services publics pourvus de la personnalité juridique, et soumis pourtant à la tutelle administrative de l'État dont ils sont issus (2).

Pendant la guerre de 1914, on ne put opérer la mise sous séquestre des filiales de sociétés ennemies, qu'en dégageant peu à peu cette notion de filiale ; on ne s'occupait pas de construire une théorie : il fallait agir vite, sous la pression des nécessités de l'heure ; mais on ne pouvait ni traiter en succursales des sociétés indé-

(1) Comp. FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et Sources*, 2^e éd., n^o 70 ; R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du Droit privé*, p. 334 ; J. HÉMAR, *Précis Dr. civ.*, I, n^o 180 ; L. ROLLAND, *Précis Dr. adm.*, 2^e éd., n^o 34.

(2) Comp. R. BONNARD, *Précis de Droit adm. et R. D. P.*, 1922, p. 5.

pendantes, ni renoncer à frapper des sociétés « contrôlées » par les Allemands ; et c'est ainsi que plusieurs décisions judiciaires fondent la mise sous séquestre, sur la considération que la société en question est *filiale* d'une société allemande (1).

Dès lors, la notion de filiale se précise ; elle apparaît dans les arrêts ; et, depuis la cessation des hostilités, elle conserve tout son intérêt, en dehors de la question des séquestres ; cet intérêt va même toujours grandissant : le nombre des filiales s'accroît de plus en plus, et leur importance se traduit par des règles juridiques qu'il faut préciser.

Ce n'est pas qu'il ne reste une certaine incertitude dans la rédaction des arrêts ; la terminologie est souvent peu nette ; la Chambre des requêtes, elle-même, a parlé d'une société française « filiale et succursale » d'une société américaine (2) ; il est vrai que le rapprochement inattendu de ces deux expressions se trouve dans le rappel des faits, à l'appui de la demande, et que l'arrêt prend soin, plus loin, de ne retenir que le mot « filiale » ; il n'en subsiste pas moins des hésitations sur le sens exact de ces mots « filiale » et « succursale », qui correspondent à des notions voisines, mais bien différentes (3).

(1) Nouméa, 2 juin 1915 ; Clunet 17.679, Seine, référés, 26 février 1918 ; Clunet 18.721.

(2) Req., 20 novembre 1922, S. 26-1-305.

(3) La notion de succursale est étudiée non seulement en France, mais en Belgique, en Allemagne, en Italie, le plus souvent à l'exclusion de celle de filiale ; parfois même, les deux expressions sont mêlées sans que les auteurs cherchent à les distinguer : en particulier, K. LEHMANN, qui consacre dans le 2^e volume de son ouvrage sur les sociétés par actions des pages remarquables à la notion de succursale, ne se soucie pas de celle de filiale ; il paraît même donner pour synonyme de succursale, le mot de filiale (*Zweigniederlassung, Sukkursale, Filiale*, in Italien *Sede Secundaria*), p. 495 ; Id. BRODMANN, *Aktienrecht*, § 201.

48. **Plan.** — Pour étudier la notion de filiale, il faudrait développer toutes les conséquences qui dérivent des deux caractères essentiels indiqués plus haut. Or, les modalités et les effets de la subordination de la filiale, à l'égard de la société-mère, sont si nombreux et si importants qu'il faudra leur réserver la plus grande partie de la présente étude; le rôle de la société-mère dans l'administration et dans la constitution de la filiale feront la matière de développements ultérieurs. Sous ce titre consacré à la notion de filiale, nous nous contenterons de développer le premier des caractères de la filiale : existence d'une personne morale distincte de la société-mère, et tout spécialement, de distinguer la filiale de la succursale avec laquelle elle a parfois été, bien à tort, confondue.

CHAPITRE PREMIER

Filiale et succursale.

49. Justification de ce rapprochement. — Si la notion de *filiale* a été peu étudiée, celle de *succursale* est assez bien précisée : il y a, sur ce sujet, des textes (art. 59, loi du 24 juillet 1867 : « Plusieurs maisons de commerce situées dans des arrondissements différents », art. 3, 1^{er}; art. 6, 4^e; art. 9, loi 18 mars 1919 sur le registre du commerce), de la jurisprudence, des études doctrinales approfondies (1).

C'est donc en la comparant à la notion de succursale, en l'opposant à elle, qu'on peut le mieux dégager les principaux traits de la notion de filiale.

La filiale, comme la succursale, est sous la dépendance d'une maison principale; leur différence réside dans l'étendue du lien de subordination, qui est limitée par la personnalité morale reconnue à la filiale.

50. Caractères juridiques de la succursale. — On

(1) P. LESCOT, Des succursales de sociétés. *Rec. jur. soc.*, 1924-207; BROALLIER, *Thèse Lyon*, 1926; en Belgique : CORBIAU, *R. P. S. B.*, 1905, n° 1647-13°; en Allemagne : K. LEHMANN, II, § 93 : *Sitz und Zweigniederlassungen der Aktiengesellschaft*.

s'accorde, en général, pour reconnaître à la succursale trois caractères essentiels :

a) La succursale est la simple extension d'une entreprise principale à laquelle elle est subordonnée; elle a même objet que l'entreprise principale;

b) Mais elle présente une importance assez grande pour se révéler aux tiers par une installation matérielle appropriée à l'objet de son exploitation;

c) Enfin, elle est dirigée par un préposé de la maison principale, qui a qualité pour représenter cette maison principale et l'engager envers les tiers.

La succursale est donc un établissement permanent, une sorte de « domicile social (1) ». Selon les termes employés par la Cour de Besançon (2), c'est « un établissement secondaire jouissant d'une certaine autonomie où, sous le contrôle du siège social, on se livre habituellement avec des tiers à des opérations de commerce ». La maison principale trouve ainsi le moyen d'étendre son rayon d'action par l'installation de cet établissement local que les tiers connaissent comme étant sous sa dépendance absolue, mais à qui ils peuvent s'adresser plus commodément.

La succursale ne se distingue de la simple *agence* par aucun critérium précis; mais on remarque que les pouvoirs du directeur de la succursale sont, en général, plus étendus que ceux du directeur de l'agence et que le rôle de la succursale est plus important (3).

L'installation de locaux spéciaux destinés à la même nature d'entreprise que celle poursuivie par la maison

(1) J. HÉMARD, n° 188, note 3.

(2) BESANÇON (sur renvoi), 25 janvier 1928, S. 1928-2-63.

(3) BROALLIER, p. 22.

principale (1) permet de distinguer facilement l'existence d'une succursale de celle d'un simple courtier ou d'un représentant de commerce.

51. Réglementation légale. — L'importance de la succursale justifie les mesures de publicité exigées par la loi pour sa constitution, que la succursale soit créée en même temps que la société, ou pendant le fonctionnement de celle-ci. Ces mesures de publicité consistent, tout d'abord, dans le dépôt aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce, prévu par l'article 55 de la loi de 1867 et dans la publication de l'extrait de l'acte constitutif exigée par l'article 56 de la même loi. D'autre part, la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce exige dans la déclaration produite par la société requérant l'immatriculation, la mention des

(1) Dijon, 14 mai 1912. *S.* 13-2-8; Rennes, 21 mars 1907. *J. S.* 09-69; Bruxelles, 20 nov. 1908. *R. P. S. B.* 09.6; Bruxelles, 10 mars 1910. *R. P. S. B.* 10.105. Une maison de commerce peut avoir dans une localité déterminée un correspondant, ou un représentant, qui soit une personne physique ou morale, peu importe; si ce représentant est une société indépendante, qui achète et vend pour son propre compte, qui a seulement un contrat avec la maison principale, elle ne constitue pas une succursale; rien n'empêche d'ailleurs la maison principale de transformer plus tard cette société jusqu'alors indépendante en véritable succursale. Trib. comm. Bruxelles, 13 février 1884, *R. P. S. B.* 89.367, Compagnie fermière des eaux de Vichy.

Une société fondée à l'étranger par plusieurs autres sociétés qui veulent s'assurer des débouchés pour leurs produits constitue une véritable filiale et non une succursale, si elle achète et vend pour son propre compte, et si elle est pourvue de la personnalité morale. Contr. Bruxelles, 27 février 1892, *R. P. S. B.* 92-159; comp. la note de J. MOMMAERT qui critique cet arrêt.

Inversement, une simple succursale peut acquérir l'autonomie et se transformer en filiale; cf. Bruxelles, 8 février 1924 analysé au n° 60; elle peut même, en raison des circonstances, devenir elle-même une maison principale; par ex., il en est ainsi des succursales françaises des sociétés russes nationalisées par les soviets; elles ont acquis une existence propre qui les rend justiciables des tribunaux français; Référés Seine, 23 février 1927, *Cl.* 1928-686.

lieux où cette société a des succursales en France ou à l'étranger; de plus, elle exige l'immatriculation dans tous les lieux où existent des succursales ou agences, avec simple référence au registre de la maison principale; enfin, sous peine de sanctions qui, après l'inscription d'office ordonnée par le tribunal, pourront consister dans la fermeture de la succursale jusqu'à inscription, les sociétés étrangères ayant une succursale en France sont soumises à l'immatriculation (art. 9; art. 18, loi du 18 mars 1919).

La succursale est encore soumise à des règles spéciales de compétence : les tiers demandeurs contre la société peuvent assigner celle-ci devant le tribunal du lieu de la succursale (arg. art. 59 C. proc. civ.); la jurisprudence prend d'ailleurs soin de bien préciser que cette faveur est refusée aux agents de la société plaidant contre celle-ci, en particulier au directeur de succursale (1).

La succursale a donc sa réglementation spéciale, qui se justifie par son caractère de permanence, de centre d'affaires auquel les tiers sont accoutumés de s'adresser (2) : ainsi s'explique, en particulier, la restriction aux succursales des formes de publicité requises par la loi de 1867, par opposition aux centres d'affaires non permanents où la société traite occasionnellement avec les tiers par un de ses représentants (3).

52. Critérium de distinction entre succursale et

(1) Req., 6 mars 1922, *Gaz. Trib.* 22-1-246; R. JAPIOT, *R. T. D. C.*, 1923-224.

(2) Lyon, 1^{er} juin 1922, *J. S.*, 23-458.

(3) Besançon, 23 mars 1910, *J. S.*, 11-15; Besançon, 16 octobre 1928, *Pal.*, 11 nov. 1928.

filiale. — Mais cette importance de la succursale ne va pas jusqu'à lui conférer la personnalité morale ; et cette absence d'autonomie juridique contraste avec le premier des caractères reconnus à la filiale : l'existence d'une personnalité distincte de celle de la maison-mère. Quel que soit le rôle reconnu à la succursale, celle-ci n'est qu'une « réduction (1) » de la maison principale, sans vie juridique indépendante. Les tiers connaissent bien la succursale, et traitent ordinairement avec elle ; mais ils savent, en même temps, que, derrière cette succursale, avec laquelle il leur est commode de traiter à cause de sa proximité, c'est la maison principale qui contracte ; la raison sociale est la même ; on prend soin d'ajouter : succursale, ou agence de tel lieu.

Au contraire, la filiale, si elle est subordonnée à la maison-mère, a tout au moins une apparence d'absolue indépendance : souvent, la raison sociale est différente, parfois l'objet est différent, et les tiers ne connaissent pas toujours les liens qui existent entre société-mère et filiale.

53. *Jurisprudence.* — Cette opposition entre filiale et succursale est si nette qu'il serait à peine besoin d'y insister, si certaines décisions judiciaires n'avaient paru reconnaître à la succursale, sinon la personnalité, du moins une certaine autonomie juridique. La loi du 15 juillet 1830 sur les patentes, dans son article 8,

(1) Aix, 6 décembre 1923, *R. S.* 21.76 (Cet arrêt, que nous citons uniquement à cause de l'expression heureuse rapportée au texte, s'occupe, en réalité, d'une question différente de celle que nous examinons ici, et refuse à la direction locale du Crédit foncier le caractère de véritable succursale soumise à immatriculation au Registre du commerce).

soumettait le « patentable » ayant plusieurs établissements distincts à un droit fixe, en raison du commerce exercé dans chacun de ses établissements. La jurisprudence du Conseil d'État interprétait ce texte comme s'appliquant aux succursales : elle considérait comme un *établissement distinct* la succursale de Tours du comptoir de la Presse financière (1). Elle appliquait la loi de 1880 aux bureaux de quartier ouverts dans Paris par la Société générale, par la seule raison qu'ils paient les coupons, délivrent des chèques sur les succursales de la société, reçoivent souscription aux émissions (2). C'était bien reconnaître aux succursales une vie juridique indépendante.

Mais la jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine est allée plus loin (3) et a décidé que la succursale de Paris d'une banque de Pétrograd, en effectuant à l'un de ses clients une ouverture de compte-roubles productif d'intérêts en représentation d'opérations sur les bons du Trésor russe, pour parer aux difficultés créées par la dépréciation du rouble, avait agi comme établissement distinct de son siège social : elle admet que le titulaire de ce compte est créancier de la succursale, et non de la banque de Pétrograd. Ce jugement reconnaît donc à la succursale une véritable autonomie ; c'est plus précis et de portée plus grave que la jurisprudence administrative élaborée sur une loi purement fiscale.

Ce n'est pourtant pas suffisant pour atténuer la diffé-

(1) C. E., 6 août 1880, *D. P.* 82-3-46.

(2) C. E., 1^{er} février 1884, *Pal.* 84-1-369. — Comp. C. Préfecture Seine, 1^{er} juin 1927.

(3) Trib. comm. Seine, 30 mai 1919, *Gaz. Trib.* 19-2-322 ; — Cf. les observations de M. DEMOGUE, *R. T. D. C.*, 1920-379.

rence capitale entre succursale et filiale, qui réside dans le défaut de personnalité de la succursale : le Tribunal de commerce de la Seine s'est inspiré surtout de considérations de fait, et d'équité ; en réalité, cette succursale qui s'est comportée en société autonome n'est plus une véritable succursale ; elle est devenue société principale pour les opérations qu'elle a traitées (1).

Et surtout, si l'on regarde d'un peu près les termes du jugement, rien n'autorise, même à supposer qu'il s'agisse d'une véritable succursale, à dire que l'autonomie relative de la succursale en fasse un établissement pourvu d'une personnalité distincte. Ce défaut de personnalité est nettement affirmé par de nombreux arrêts ; il est formulé de façon très nette par le Tribunal arbitral mixte franco-allemand, pour qui il importe peu que la gestion soit ou non indépendante de celle de la maison principale, qu'il y ait ou non comptabilité distincte pour la succursale : celle-ci n'a ni débiteurs, ni créanciers à elle propres, car « l'autonomie relative dont elle peut jouir, vis-à-vis de la maison principale, ne saurait jamais avoir pour effet de lui conférer, par rapport aux tiers, une personnalité à elle propre (2) ».

(1) En réalité, on ne peut pas généraliser les solutions données par la jurisprudence française à propos des succursales françaises de sociétés russes : il y a là une situation exceptionnelle tenant d'une part aux mesures de « nationalisation », c'est-à-dire d'expropriation prises par le gouvernement soviétique, et d'autre part à la théorie dite des « dispositions d'ordre public international » en droit international privé français (cf. E. BARTIN, *Études de Droit international privé*) ; une mesure de « nationalisation » des sociétés heurte nos conceptions juridiques françaises, nous ne pouvons pas l'admettre, même après la reconnaissance diplomatique du gouvernement soviétique (Aix, 23 décembre 1925, *R. D. I. P.*, 1926, 51). Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence considère aujourd'hui les succursales de sociétés russes comme des sociétés indépendantes.

(2) Trib. arbitral mixte franco-allemand, 30 juillet 1921, *Clunet* 1923-579.

CHAPITRE II

Conséquences de la personnalité reconnue aux filiales.

54. La filiale est une société autonome. — Quel que soit le degré de subordination qui l'unit à la maison-mère, la filiale est une société autonome ; elle est pourvue de la personnalité juridique, au même titre que toutes les sociétés commerciales ou civiles en droit français (1). C'est ce caractère seul qui permet de la distinguer sûrement de la succursale, et qui interdit de la soumettre à la réglementation établie par la loi pour les succursales.

Cette autonomie juridique reconnue à la filiale entraîne de très nombreuses conséquences ; il n'est pas utile de développer les effets ordinaires attachés par la jurisprudence et la doctrine française à la personnalité morale des sociétés ; ce sont notamment l'existence d'un patrimoine affecté exclusivement au gage des

(1) D'autres législations ne reconnaissent pas la personnalité à toutes les sociétés ; p. ex., les Anglais distinguent les *partnerships* non pourvues de la personnalité, et les *companies* qui forment des personnes juridiques ; en Allemagne, si la société anonyme est pourvue de la personnalité morale (art. 213, H. G. B.), la société par intérêt n'a qu'une autonomie patrimoniale théoriquement distincte de la personnalité morale.

créanciers sociaux, le caractère mobilier du droit des associés, la représentation de la société dans tous les actes de la vie juridique par ses gérants ou administrateurs. Il importe, au contraire, d'insister sur quelques-uns des caractères reconnus aujourd'hui à la filiale, qui tous peuvent découler de l'idée que la filiale est une société pourvue d'une personnalité propre.

55. **Constitution de la filiale.** — La succursale n'est soumise, quant à sa constitution, qu'à certaines formes de publicité qui laissent apparaître son lien de subordination, à l'égard de la maison-mère.

Le défaut d'accomplissement des formes de la loi de 1867 ne doit consister, pour la succursale, ni dans la fermeture de la succursale, ni encore moins dans la nullité de la maison principale, mais dans une action éventuelle en dommages-intérêts intentée par le tiers lésé contre les auteurs responsables de l'omission (1) ; la fermeture de la succursale ne peut être ordonnée que pour les succursales de sociétés étrangères qui ne se sont pas soumises à l'inscription d'office au registre du commerce ordonnée par le tribunal (art. 18, loi 18 mars 1919).

Au contraire, la constitution de la filiale exige l'accomplissement de toutes les conditions requises pour la constitution d'une société ordinaire : conditions d'existence et de validité du contrat de société, conditions relatives à la constitution légale des sociétés ; spécialement, lorsque la filiale est une société par actions, il

(1) J. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 189. — Mais la Chambre civile a cassé un arrêt de la Cour de Nancy qui adoptait ce système. Civ. cass., 21 novembre 1916, S. 1916-1-145, note Ch. LYON-CAEN.

faut accomplir toutes les formalités constitutives exigées par la loi de 1867 ; l'examen de ces conditions fera l'objet de développements ultérieurs (n^{os} 90 et suivants). La constitution d'une filiale donne enfin lieu à la perception des droits de timbre et d'enregistrement prévus pour les constitutions de sociétés ; en particulier, il est perçu un droit proportionnel de 3 0/0 sur les apports, double décime compris (art. 40, loi 13 juillet 1925) plus un droit de 2 0/0 pour la transcription des apports immobiliers.

L'omission des mesures de publicité requises pour la filiale est sanctionnée, au regard des associés, par la menace d'une dissolution anticipée (art. 1872, Code civil) ; et, au regard des créanciers sociaux, par le choix qu'ont ceux-ci de se prévaloir du contrat de société, ou de demander la nullité de la société (1).

56. Indépendance apparente de la filiale à l'égard de la société-mère. — Étant ainsi constituée en société distincte, la filiale présente toutes les apparences de l'indépendance absolue à l'égard de la maison-mère.

1^o Elle peut avoir un *objet* tout différent de celui de la société-mère : celle-ci peut avoir voulu seulement s'assurer par la création de sa filiale des débouchés pour ses produits, qui subiront de nouvelles transformations avant d'être écoulés dans le public ; ou bien inversement, se ménager un ravitaillement en matières premières : c'est un exemple frappant de ce que les économistes appellent « l'intégration verticale ». La société-mère peut aussi créer des filiales qui n'ont avec

(1) J. HÉMARD, *op. cit.*, n^{os} 209 et suivants.

l'objet de son exploitation aucun rapport immédiat : il existe de nombreuses sociétés appelées « omniums », ou en anglais « Holding companies », dont l'objet principal est de contrôler le fonctionnement d'entreprises dont elles détiennent la majorité des actions, ou tout au moins la majorité des voix aux assemblées générales ; ce sont, en réalité, des sociétés-mères, et les sociétés contrôlées, des filiales ; mais l'objet très différent des sociétés contrôlées ne permet pas aux personnes qui n'en sont pas averties, de deviner le lien qui existe entre elles. La question juridique de savoir à quelles conditions une société peut créer une filiale d'objet différent sera examinée plus loin (nos 80 et suivants) ;

2° La *forme* adoptée pour la filiale peut être différente de celle adoptée pour la société-mère (ci-dessus, nos 31 et suivants) ;

3° Il en est de même de la *dénomination sociale* ; et surtout de la *raison sociale* s'il s'agit de sociétés de personnes, puisque les associés ne sont pas les mêmes dans les deux sociétés ;

4° Les *organes* des deux sociétés peuvent être différents ; si la société-mère s'assure, en général, le contrôle de la filiale, et peut, comme il sera expliqué plus loin, soit se faire désigner elle-même comme administrateur ou gérant de la filiale, soit faire désigner plusieurs de ses propres gérants ou administrateurs, il n'y a pas de principe qui exige cette pratique.

57. Suite : Règles de compétence-nationalité. — Non seulement la filiale présente toutes les apparences d'une société absolument indépendante, mais elle est réelle-

ment soumise à des règles juridiques semblables à celles qui régissent les sociétés ordinaires.

En particulier, les règles de *compétence* ne sont pas, comme pour les succursales, des dérogations au droit commun : on n'a pas à s'occuper du siège social de la société-mère ; on plaide devant le tribunal du siège social de la filiale.

De même, la nationalité reconnue à la filiale est celle de son siège social, si l'on admet le bien-fondé de ce critérium du siège social pour la détermination de la nationalité des sociétés (ci-dessus nos 24 et 25).

En tout cas, la filiale a une nationalité qui lui est propre. Il est vrai que sur ce point les idées traditionnelles ont été fortement ébranlées par la guerre de 1914, et que la jurisprudence a souvent mis sous séquestre les biens de filiales françaises de sociétés allemandes, en contestant à ces filiales la nationalité française. Ce problème de la nationalité des sociétés trouve ici son application la plus intéressante ; il y aurait lieu de rechercher s'il ne serait pas possible, tout en respectant l'idée que la filiale a une nationalité distincte, de protéger les sociétés françaises contre l'emprise étrangère (v. *infra*, nos 166 et suivants).

53. Règlement des créances et des dettes existant entre société-mère et filiale — 1^o Appel du non-versé. — L'existence de deux patrimoines distincts, société-mère et filiale, en rapports d'affaires constants, fait naître des difficultés juridiques pour le règlement des créances et dettes existant entre eux. Il ne s'agit plus, comme pour la succursale, d'appliquer purement et simplement l'idée de représentation : on ne peut décla-

rer la maison-mère tenue indistinctement de toutes dettes contractées par la filiale, ni considérer celle-ci comme un simple organe permanent de la société-mère, sans vie juridique propre. Le jugement du Tribunal arbitral mixte déjà cité oppose nettement, à ce point de vue, succursale et filiale (1) : tandis que la maison principale est tenue des dettes contractées par le directeur de succursale, en vertu de l'idée de représentation, la maison-mère n'a pas à répondre des dettes de sa filiale.

Les conséquences de cette analyse sont les suivantes : 1° la société-mère est soumise, en tant qu'actionnaire ou associée, aux mêmes obligations qu'un actionnaire ou un associé ordinaire : elle ne peut se prévaloir d'une convention quelconque intervenue pour le règlement de leurs comptes, pour se soustraire en particulier à l'obligation de répondre au premier appel de fonds pour le non-versé dirigé, soit par le Conseil d'administration, s'il en a reçu pouvoir des statuts, soit par l'assemblée ordinaire (2). La Cour de Paris a soumis à cette obligation la Société des Fabrications spéciales envers la Compagnie d'Entreprises de travaux auxiliaires, qui était sa filiale ; elle a proclamé le principe de l'indépendance juridique des deux personnes morales, quelles que soient, par ailleurs, les

(1) T. arb. mixte franco-allemand, 30 juillet 21, précité.

(2) Paris, 22 octobre 1927 (Sté d'Entreprises de Travaux auxiliaires c/ liq. jud. Sté fabrications spéciales). *Rec. jur. soc.*, 1927-270 ; *J. S.*, 1928-340, note BOSVIEUX : « Quelles que soient les conventions intervenues entre deux sociétés, dans leurs rapports respectifs, il ne saurait être dérogé au principe de leur indépendance juridique, chacune d'elles formant un être moral distinct, ayant sa personnalité juridique, son capital social et des statuts. » Sur le principe de la nullité d'une dispense de versements complémentaires : Cass., 8 nov. 1904, *J. S.*, 1905-351.

conventions intervenues entre ces deux sociétés ; elle a posé ainsi un principe général qui dépasse de beaucoup la portée de la question qu'elle avait à résoudre.

59. Suite : 2^e Compensation et confusion. — Il en est de même de toutes créances et dettes nées entre société-mère et filiale au cours des rapports d'affaires très fréquents qui s'établissent entre elles. En particulier, la *confusion* ne saurait exister entre ces créances et dettes ; les deux patrimoines sont absolument distincts. De même, un tiers qui serait à la fois créancier de la filiale et débiteur de la société-mère, ou inversement, ne pourrait se prévaloir de la *compensation* légale, puisque la première des conditions de la compensation, la réciprocité d'obligations, n'existe pas : c'est un effet très simple de la personnalité reconnue à chacune de ces deux sociétés. La Cour de Bordeaux a réformé un jugement qui méconnaissait ce principe : elle a refusé la compensation à un plaideur qui était à la fois débiteur du Trésor-Capitalisation, pour une somme empruntée en vue de la construction d'un immeuble, et créancier du Trésor-Immobilier pour malfaçon dans la construction de cet immeuble : l'arrêt précise qu'on ne saurait s'arrêter à la considération que le Trésor-Immobilier et le Trésor-Capitalisation ont même siège social et même directeur ; il suffit que ces deux sociétés soient des personnes morales distinctes pour repousser toute compensation (1).

60. Suite : 3^e Les dettes contractées par la filiale n'obligent pas la société-mère, et inversement. — Théo-

(1) Bordeaux, 17 octobre 1927, *Rec. jur. soc.*, 1928-13.

riquement, les dettes contractées par la société-mère ne devraient pas obliger la filiale, et inversement. Pratiquement, il n'en pas toujours ainsi : il arrive souvent qu'en fait, c'est le même agent qui opère pour le compte de deux sociétés, et, s'il n'a pas bien pris soin de dire qu'il n'engageait que l'une des sociétés, l'autre peut être, elle aussi, condamnée.

La Chambre des requêtes a fait application de cette idée dans les circonstances suivantes (1) : un agent de la firme Lamborn and Co de New-York avait conclu en France des marchés de sucre qui, par son fait, n'avaient pas été exécutés ; il déclarait, dans des pourparlers de juin 1919, engager la Société Lamborn and Co de New-York ; le co-contractant assigne et fait condamner la société Lamborn and Co de Paris, filiale de la société de New-York, constituée seulement en septembre 1919 : le pourvoi est rejeté : il suffit que la société de Paris soit une filiale chargée de traiter en France les affaires particulières de celle de New-York pour qu'elle réponde des engagements contractés au nom de la société de New-York par l'agent de celle-ci. Cet arrêt semble s'écarter quelque peu des principes précédemment exposés : il n'y a plus de distinction nette entre les dettes de la société-mère et celles de la filiale, puisque celle-ci répond des dettes contractées au nom de la société-mère ; mais, comme le remarque justement l'annotateur au Sirey, ce n'est pas un arrêt de principe, c'est un arrêt qui s'abrite derrière des considérations de fait pour rejeter le pourvoi ; en particulier sur cette circonstance qu'une circulaire émise par la société de

(1) Req., 20 novembre 1922, S. 26-1-305, note H. ROUSSEAU.

New-York avertissait ses clients français que la société de Paris n'avait d'autre but que de traiter en France les affaires de cette société de New-York. Au reste, on peut se demander jusqu'à quel point une société constituée en France avec même firme que celle de New-York, avec un directeur qui est l'agent particulier de cette société de New-York, avec le seul objet de rapprocher cette société de ses clients français, est bien une société indépendante et mérite le nom de filiale au même titre que des sociétés vraiment autonomes. Il y a là, semble-t-il, une sorte de cas-limite entre la filiale et la succursale ; mais on doit tout de même la qualifier filiale, si elle s'est constituée en observant toutes les conditions requises par la loi française, parce qu'alors, elle reste une société pourvue de la personnalité morale et ne peut pas être considérée comme un simple organisme de la société-mère.

La solution donnée par la Chambre des Requêtes en 1922 n'est d'ailleurs pas incontestée ; il convient de n'en pas exagérer la portée, puisqu'elle se borne à constater l'absence de contrariété de motifs dans l'arrêt d'appel. On peut en rapprocher, dans le sens contraire, un arrêt de Bruxelles (1) qui reste fidèle au principe de la séparation absolue des dettes de la filiale et de la société-mère : une banque de Boston agit contre une société Bracht et Cie établie à Anvers, en recouvrement des créances qu'elle a contre la société Bracht et Cie de Buenos-Ayres ; or, il se trouve que ces deux maisons de Buenos-Ayres et d'Anvers, malgré l'identité de leur firme, sont indépendantes : la société d'An-

(1) Bruxelles, 8 février 1924, Pas. 25-2-49.

vers a créé une succursale à Buenos-Ayres ; mais, après diverses modifications, cette succursale s'est érigée en société indépendante et, malgré les liens qui existent entre les deux sociétés, on doit bien séparer leurs créances et leurs dettes.

61. Influence de la faillite de la filiale sur la situation de la société-mère, et inversement. — En cas de faillite de la société-mère, la filiale n'est pas nécessairement déclarée en faillite, et inversement. Souvent, il est vrai, le rôle prépondérant joué par la société-mère dans la constitution et le fonctionnement de la filiale a pour effet de lier le sort de la filiale à celui de la société-mère; et même, lorsqu'une filiale est assez importante pour que ses titres constituent une part importante de l'actif de la société-mère, la faillite de la filiale peut entraîner celle de la société-mère. Mais ce n'est pas une conséquence des principes. Et en tout cas, les deux faillites donneront lieu à deux procédures qui se dérouleront séparément.

Le syndic de la faillite de la société-mère pourrait toutefois, au nom des créanciers sociaux, faire prononcer la faillite des filiales qu'elle a constituées, s'il était démontré que cette constitution de filiales n'a eu d'autre but que de diminuer le gage des créanciers sociaux : un arrêt a ainsi prononcé la faillite de trois filiales de la société immobilière d'Aix-en-Provence, elle-même déclarée en faillite (1) : il s'est fondé sur cette considération que la société immobilière n'a jamais tenu pour des tiers indépendants d'elle-même les filiales

(1) Aix, 4 novembre 1927, *Rec. jur. soc.*, 1928-37.

qu'elle a formées. Il y a donc là des filiales qui ont une personnalité apparemment distincte de celle de la société-mère, mais qui, en réalité, ont été constituées dans un but de fraude : l'arrêt d'Aix transporte en notre matière les principes de l'action Paulienne (1). C'est ainsi qu'il faut l'interpréter pour justifier la solution qu'il consacre : il ne faut pas s'attacher trop au degré de subordination pour apprécier la validité de la filiale ; on autoriserait le juge à fonder sa décision sur des considérations de fait, qui empêcheraient toute construction juridique en matière de filiales. Que la société-mère ait traité ses filiales comme de simples organismes dépendant d'elle, voilà qui peut être utile pour prouver la fraude à l'égard des créanciers de cette société-mère : mais il n'en est pas moins vrai que la constitution même frauduleuse d'une société par une autre société suffit, si elle a été accomplie selon les formes légales, pour que l'une soit regardée comme filiale, et l'autre comme maison-mère, avec toutes les conséquences qu'entraîne la distinction de leurs deux patrimoines ; la fraude autorise seulement les créanciers de la société-mère à demander la nullité de la filiale dans la mesure du préjudice que leur a causé la constitution de cette filiale (art. 1167 C. civil) (2). Quand la société-mère a été déclarée en faillite, la constitution frauduleuse de la filiale donne ouverture à une action

(1) On pourrait aussi se demander, quoique l'arrêt d'Aix ne l'ait pas fait, dans quelle mesure il ne conviendrait pas de faire ici application de l'action en déclaration de simulation ; les filiales de la Société Immobilière étaient fictives, semble-t-il ; comme les conditions et les effets de la Paulienne et de la déclaration de simulation sont différents, il est intéressant de les distinguer ; l'espèce soumise à la Cour d'Aix n'obligeait pas l'arrêt à prendre parti. Comp. plus loin, n° 87.

(2) Comp. J. HÉMAR, *op. cit.*, n° 78.

intentée par ces créanciers dans les conditions de l'article 1167, si la date de constitution de la filiale est antérieure à la cessation des paiements, ou à une action réservée au syndic représentant la masse des créanciers, si la filiale a été constituée en période suspecte (art. 447 C. commerce) : comme l'apport en société n'est pas un des actes limitativement énumérés par l'article 446 (1), la période suspecte date de la cessation des paiements, et la nullité n'a pas lieu de plein droit (2) ; elle pourrait être écartée par le juge, même s'il était reconnu que la constitution frauduleuse a eu lieu en période suspecte et que les tiers qui ont participé avec la société-mère à la constitution de la filiale ont eu connaissance, au moment de l'opération, de l'état de cessation des paiements.

62. Liquidation de la filiale. — La dissolution de la filiale dans les conditions légales ou statutaires donne lieu à une liquidation, puis à un partage dans lesquels la société-mère est traitée, en tant qu'actionnaire, comme tous les autres actionnaires, sans préférence ni privilège d'aucune sorte.

Lorsque la nullité de la filiale est prononcée pour défaut d'accomplissement des formes constitutives ou pour défaut de publicité, il n'en reste pas moins une distinction entre le patrimoine de la société-mère et celui de la filiale : la liquidation de celle-ci se fait sur les bases statutaires ; les contrats passés par elle avec les tiers restent valables ; on applique les règles ordi-

(1) J. PERCEROU, *Traité des faillites*, I, n° 670 ; Civ. rej., 30 avril 1900. D. P. 00-1-609 ; Amiens, 17 mai 1889, *Journ. aud. Amiens*, 89, 140 ; Trib. comm. Seine, 23 janvier 94, *la Loi*, 12 avril 94.

(2) J. PERCEROU, *op. cit.*, n° 666 ; LYON-CAEN et RENAULT, VII, n° 394.

naires des sociétés de fait (1). La société-mère est, en cas de faillite, primée en tant qu'actionnaire de sa filiale par les créanciers de celle-ci; si elle a, par ailleurs, des créances contre sa filiale, elle fait partie, en tant que créancière, de la masse représentée par le syndic.

En toute hypothèse, pour le règlement des créances et dettes existant entre filiale et société-mère, on applique donc la règle de la distinction de leurs deux patrimoines. Peu importe que la société-mère ait un rôle prépondérant dans la vie juridique de la filiale, peu importe le degré de subordination de la filiale à l'égard de la société-mère : on déduit les conséquences de la personnalité reconnue à la filiale.

63. Cas où la société-mère est le seul associé de sa filiale. — Cette séparation des patrimoines de la société-mère et de la filiale serait plus contestable au cas où la société-mère aurait été dès le début, comme au cas où elle serait devenue par la suite, le seul actionnaire de sa filiale.

En droit français, toute société anonyme doit avoir, au moment de sa constitution, un nombre minimum de sept actionnaires (art. 23, loi 24 juillet 1867). Toute société en commandite par actions doit comporter au moins quatre associés : un gérant et trois commanditaires, puisque aux termes de l'article 5, il faut un conseil de surveillance composé de trois actionnaires au moins.

Si, au cours du fonctionnement de la société, le

(1) J. HÉMARD, *op. cit.*, n° 406 et suiv.

nombre des actionnaires de la société anonyme devient inférieur à sept, tout actionnaire peut, au bout d'un an, demander la dissolution de la société ; le tribunal apprécie s'il y a lieu de faire droit à cette demande (art. 38) ; on doit, par analogie, étendre cette solution aux sociétés en commandite par actions, dont le nombre d'associés est devenu inférieur à quatre (1).

Par application de ces principes, la société-mère pourra, comme tout autre associé, demander la dissolution de sa filiale, si le nombre d'associés de celle-ci est, depuis plus d'un an, inférieur au minimum requis par la loi.

A plus forte raison y aurait-il lieu à dissolution si la société-mère était devenue le seul actionnaire de sa filiale. On peut même se demander si la dissolution ne serait pas, en pareil cas, le résultat de l'évidence même, puisque la notion de société comporte comme premier élément essentiel la réunion de deux ou plusieurs associés. Pourtant, cette question, peu étudiée en France, a fait l'objet de vives controverses en Italie, et l'on doit reconnaître qu'au point de vue théorique, sa solution est délicate. Aussi convient-il, pour en présenter la discussion, d'envisager successivement deux hypothèses : 1^o la société-mère est, à l'origine, le seul associé de sa filiale ; 2^o la société-mère est devenue, au cours du fonctionnement de sa filiale, le seul associé de celle-ci.

1^o Il n'y a pas de société quand il n'existe pas au moins deux associés. Ce principe de bon sens est, en outre, réclamé par la pratique des affaires. Si un com-

(1) LYON-CAEN, n° 978 ; ARTHUYS, n° 317 ; — *Contra* HÉMAR, n° 279.

merçant fait suivre son nom des mots : et compagnie (1), sans avoir d'associé, il n'a pas contracté de société avec lui-même ; malgré l'emploi de cette raison sociale, c'est lui qui agit en son propre nom, et ses opérations sont valables sous la réserve du dol ou de l'erreur sur la personne.

De même, si une société prétend créer une filiale, dont elle soit le seul associé, cette filiale n'a pas de personnalité distincte de celle de la société-mère : c'est une succursale ou une agence, ce n'est pas une filiale ; la maison mère est tenue par représentation de toutes les dettes contractées par cette succursale ou cette agence. Sinon, il serait trop facile pour une société anonyme, par exemple, de tromper le public en ouvrant une autre maison, dont elle serait l'unique associé, sous une dénomination sociale différente de la sienne.

Ce n'est pas que la technique juridique répugne à la séparation des éléments d'un même patrimoine : si la société-mère ne peut pas offrir au public de s'adresser à une autre société, constituée avec une partie de son patrimoine, et dont elle soit l'unique associé, c'est pour une raison pratique d'honnêteté dans les affaires ; ce n'est pas qu'il soit impossible de concevoir une fraction d'un patrimoine détachée du régime juridique auquel est soumis l'ensemble de ce patrimoine : ce fractionnement des éléments d'un même patrimoine, nous le connaissons en bien des matières : dans le droit successoral (séparation des patrimoines, régime de la succession bénéficiaire) ; dans le droit maritime (abandon de navire) ; dans le droit matrimonial (bien dotaux et para-

(1) J. HÉMARD n° 24 ; comp. en Belgique : Bruxelles, 25 juillet 1895 (R. P. S. B. 97-86) ; A. WAHL, n° 465.

phernaux, bien communs et biens propres); les Romains en faisaient un large usage avec la théorie du pécule.

Mais ici, ce serait autoriser des fraudes que permettre à une société-mère de créer une filiale dont elle soit l'unique associée : le public, mal averti de l'identité entre les deux maisons, pourrait croire à la réalité d'un crédit purement imaginaire quand les deux sociétés échangeraient, par exemple, des effets de complaisance. Même pour les tiers connaissant la situation, le danger serait grand : la séparation des dettes de la filiale et de la société-mère, conséquence nécessaire de la personnalité reconnue à la filiale, obligerait les créanciers de la filiale à se contenter comme gage du patrimoine de celle-ci ; quant aux créanciers de la société-mère, sous réserve de l'action Paulienne et de l'action en déclaration de simulation, ils seraient réduits à l'actif de la société-mère, sans avoir action sur celui de la filiale.

On permettrait donc à toute société de limiter les risques d'une certaine entreprise à la portion de capital qu'elle engagerait dans une filiale constituée en société anonyme, ou en société à responsabilité limitée, dont elle serait le seul associé : la séparation des patrimoines de la société-mère et de sa filiale opérerait exactement comme celle des patrimoines de l'actionnaire et de la société. Les professeurs Straffa et Bonfante concluent à la validité de cette opération en droit italien (1) ; la loi française la prohibe expressément, puisque l'article 23 de la loi de 1867 exige 7 action-

(1) STRAFFA et BONFANTE, *Società anonima in fraudem legis* : Riv. dir. comm., déc. 1922.

naires pour la constitution d'une société anonyme, et l'article 5 de la loi du 7 mars 1925, au moins deux associés dans les sociétés à responsabilité limitée : nous ne croyons pas qu'il y ait à regretter cette rigueur.

64. Cas où la société-mère devient, au cours du fonctionnement de sa filiale, le seul associé de celle-ci. — 2° Il peut arriver que la société-mère devienne le seul associé de sa filiale, au cours du fonctionnement régulier de celle-ci.

Le professeur Vivante se refuse à considérer la réunion des actions aux mains d'un seul actionnaire comme une cause de dissolution de la société (1) : d'après lui, ce n'est pas même un obstacle au fonctionnement normal des rouages sociaux ; l'assemblée peut se tenir au moyen de représentants ou de prête-noms, et nommer les administrateurs et les commissaires. Une partie de la doctrine allemande admet également que la société anonyme ne s'éteint pas par la réunion des actions aux mains d'un seul actionnaire (2). Cette opinion peut se fonder juridiquement sur le principe que la confusion n'est pas un mode d'extinction des droits, mais seulement un obstacle à l'exercice de ces droits : déjà en droit romain classique, les Proculiens restreignaient les effets de la confusion dans la mesure où elle faisait obstacle à l'action (3) ; que l'obstacle soit levé, et le droit renaît. Quand une société-mère détient la totalité des actions de sa filiale, on peut penser qu'il y a confusion, et qu'il dépend de cette société-mère de faire

(1) C. VIVANTE, n° 750.

(2) K. LEHMANN, II, 501 ; ENDEMANN, *Handelsrecht*, p. 309 ; RENAUD, *A. G.*, p. 822.

(3) GAIUS, IV, 78 ; PAUL, *Dig.*, V, 2-21-2. E. CUQ, *Manuel*, p. 632.

renaitre les rapports obligatoires qui l'unissent à sa filiale en remettant les actions de celle-ci en circulation ; c'est le souci d'éviter la constitution éventuelle d'une nouvelle filiale qui est à la base de cette doctrine.

Mais, d'autres raisons plus graves doivent faire abandonner cette opinion. Tout d'abord, les considérations d'ordre pratique, que nous avons exposées au numéro précédent, conservent toute leur force au cas qui nous occupe. Ensuite, même en négligeant les textes de notre droit positif (article 1832. Code civil ; article 38 loi 1867 ; article 5 loi 7 mars 1925), le bon sens proteste contre l'idée d'une société formée d'une seule personne ; qu'il y ait lieu de soumettre à un régime spécial de liquidation le patrimoine de cette prétendue société, on peut facilement l'admettre ; mais il est beaucoup plus difficile de comprendre comment une portion du patrimoine personnel de cet unique associé continuerait à former un être moral régi par des statuts qui ont prévu la constitution d'organes sociaux, la réunion d'assemblées générales ; parler d'une assemblée générale de la filiale, où la société-mère déléguerait un de ses administrateurs, lequel délibérerait avec lui-même, voilà qui paraît pour le moins bizarre, et peut-être ridicule ; si, au lieu de déléguer un administrateur, la société-mère délègue son conseil d'administration, il n'en reste pas moins que l'assemblée se tient sans contradicteur étranger, et que tout se passe comme aux séances au conseil d'administration de la société-mère. On ne voit donc pas bien comment pourrait se justifier la continuation de la personnalité morale de la filiale : cette filiale est dissoute,

faute d'un élément essentiel à toute société, la pluralité d'associés. La jurisprudence italienne elle-même est d'ailleurs entrée dans cette voie : un arrêt de la Cour de Milan a admis en 1926 que « la réunion de toutes les actions d'une société anonyme entre les mains d'une seule personne emporte l'extinction de la société (1) ».

Comme la filiale a eu sa vie juridique régulière et indépendante, on doit en tenir compte pour régler la situation des créanciers de la filiale et de ceux de la société-mère : la personnalité de la filiale survit, comme celle de toute société, au cours de la liquidation et dans la mesure des besoins de cette liquidation (2).

65. Absorption d'une filiale par la société-mère. — De l'hypothèse qui vient d'être envisagée, on doit distinguer le cas où la société-mère décide, par accord avec la filiale, de s'annexer cette filiale dont elle n'était qu'un actionnaire important. Les deux situations sont très voisines ; mais on applique ici purement et simplement les règles de la fusion par annexion ; au contraire, quand la société-mère a déjà, en fait, absorbé sa filiale, au point d'en être le seul actionnaire, les deux patrimoines se confondent en un seul, sans qu'il y ait fusion par annexion : le Tribunal de commerce de la Seine a implicitement adopté ce système dans une espèce qui se compliquait d'un changement de nationalité de la société absorbante (3).

(1) Milan, 27 novembre 1925, *Riv. dir. comm.*, 1926-2-167 (note Bonelli), et *Riv. dir. comm.*, 1925-1-466 (article F. PESTALOZZA). — Comp. en Belgique : Bruxelles, 2 mars 1910, *Pas.* 10-2-131 ; Cass. belge, 5 janvier 1911. *R. P. S. B.* 1911-185.

(2) Sur le principe : Civ. rej., 27 juillet 1864, S. 1865-1-457.

(3) T. comm. Seine, 20 janvier 1923, *R. S.*, 27-315.

Au cas où la société-mère décide l'annexion d'une filiale, l'opération s'analyse à l'égard de la société-mère en une augmentation de capital : il est créé des actions nouvelles, en représentation de l'apport fait par la filiale, jusqu'à concurrence de la part des actionnaires autres que la société-mère ; pour la part de celle-ci, il s'opère confusion (1). Pour la filiale, au contraire, la fusion par annexion est un mode de liquidation par apport global : elle est votée par l'assemblée extraordinaire réunie aux conditions de quorums décroissants, et statuant à la majorité des deux tiers de l'article 31 § 4 de la loi de 1867 (rédaction de 1913). Et cela même si la filiale a été constituée avant la promulgation de la loi du 22 novembre 1913, pourvu qu'on admette, avec plusieurs auteurs, que sous le régime antérieur à 1913, l'apport global à une autre société était un mode de liquidation, simple conséquence de la dissolution anticipée de la société, laquelle pouvait être décidée par l'assemblée extraordinaire (2). Il y aurait lieu toutefois de faire une réserve, au sujet des droits des actionnaires de la filiale : ceux-ci ne doivent pas, malgré eux, se trouver engagés dans la société-mère, et peuvent, s'ils le préfèrent, toucher le montant de leurs droits dans la liquidation en espèces provenant de la vente des actions de la société-mère (3).

66. **Droit fiscal.** — L'existence d'une personnalité distincte reconnue à la filiale a de nombreuses conséquences en droit fiscal. Leur étude approfondie excède

(1) HOUFIN et BOSVIEUX, n° 975.

(2) A. WAHL, *J. S.*, 1900, 385 et 391 ; P. APPLETON, *Ass. extraord.*, p. 160.

(3) Comp. G. BOURGART, *Ass. d'act.*, p. 241.

les limites du présent travail; mais il faut en indiquer quelques-unes, pour mieux mettre en lumière les principes du droit commercial.

1^o D'abord, au point de vue de la taxe sur le chiffre d'affaires (loi du 25 juin 1920), quand il s'agit de déterminer quelles sont les ventes à comprendre dans le chiffre d'affaires, on ne doit compter que celles qui sont de véritables ventes, et l'on exclut les déplacements de marchandises de la maison principale à la succursale; mais on compte parmi les ventes le transfert de marchandises de la maison-mère à la filiale, car il y a deux personnes morales distinctes (1).

2^o De même, pour apprécier la taxe à l'exportation (loi du 12 août 1926), l'impôt atteint toujours la vente faite par la maison-mère à la filiale située à l'étranger; tandis que l'exportation faite par la maison principale française à une succursale étrangère n'est soumise à la taxe que lorsque cette succursale étrangère a procédé, pour le compte de la maison principale, à la vente de la marchandise exportée (2).

66 *bis*. Impôt sur le revenu. — 3^o L'impôt sur le revenu frappe tous les porteurs ou titulaires d'actions, lors de la distribution des dividendes. Si l'on appliquait purement et simplement la distinction des deux patrimoines de la société-mère et de la filiale, on devrait soumettre la société-mère à l'impôt afférent au dividende des actions qu'elle détient; ce qui n'empêcherait pas plus tard la perception d'un nouvel impôt, quand

(1) E. ALLIX et M. LEGERCLÉ, *la Taxe sur le chiffre d'affaires*, p. 119.

(2) E. ALLIX, *op. cit.*, p. 244; — J. O., 8 juillet 1926 (question Grinda).

les dividendes alloués à la société-mère seraient convertis par celle-ci en dividendes distribués à ses propres actionnaires ; il y aurait ainsi une double imposition non justifiée sur les mêmes sommes : c'est pour éviter cet abus signalé par plusieurs théoriciens des finances publiques (1) que la loi du 31 juillet 1920, article 27, supprime, sous certaines conditions, cette double perception ; sans étudier en détail les conditions de ce dégrèvement, il suffit d'indiquer que la loi de 1920 suppose qu'il s'agit de sociétés par actions, que les titres sont délivrés par la filiale en représentation de versements ou apports en numéraire ou en nature, que ces titres sont nominatifs, et ne sont pas stipulés nets d'impôts ; qu'il s'agit d'une société-mère française, qui distribue à ses actionnaires, au cours du même exercice que celui pendant lequel le dividende payé par la filiale a été perçu, le produit des titres de la filiale qui lui appartiennent (2).

67. Conclusion. — Le régime de la loi du 31 juillet 1920 ne méconnaît pas la séparation des patrimoines de la filiale et de la société-mère ; il consacre seulement une règle d'équité. Mais, en constatant qu'une partie souvent importante des dividendes distribués par la société-mère à ses actionnaires a, en réalité, même origine que les dividendes distribués par la filiale à la maison-mère qui est un de ses actionnaires, il met bien

(1) G. JEZE, *Cours de Finances*, 1909, p. 669 ; BRUNEAU, *Rev. lég. financ.*, 1913-410.

(2) COPPER-ROYER, 3^e éd., n° 811. La jurisprudence exige que la filiale soit, de même que la société-mère, une société française : T. C. Seine, 14 janvier 1927. *Rec. jur. soc.*, 27-211 ; et T. C. Seine, 12 mars 1927, *Rec. jur. oc.*, 27-212 ; cf. LOUIS JANIN, *Sociétés de participation*, Paris, 1928, p. 65.

en lumière le véritable caractère de la distinction des deux patrimoines de la maison-mère et de la filiale : il est utile, pour la commodité des raisonnements juridiques, de séparer nettement ces deux personnes morales ; c'est le procédé technique qui permet d'appliquer le mieux la réglementation propre aux filiales, c'est le seul moyen de différencier d'une manière certaine, filiale et succursale ; dès lors que d'autres personnes que la société-mère sont actionnaires ou associées dans la filiale, celle-ci est une société distincte à laquelle il faut appliquer toutes les règles précédemment exposées : il est juste de traiter les autres actionnaires ou associés comme la société-mère, en particulier d'éviter que celle-ci puisse se prévaloir de la confusion, ou de la compensation, ou de tout autre moyen pour éviter une exécution de ses obligations vis-à-vis de la filiale ; la personnalité de la filiale explique toutes ces solutions. Cette personnalité subsiste quand bien même les autres actionnaires ou associés de la filiale seraient des actionnaires ou associés de la maison-mère, quand même il y aurait identité dans le personnel de direction des deux sociétés : la création d'un patrimoine dont la société-mère, en tant que personne morale, n'est pas le seul titulaire, est suffisante pour justifier la séparation des patrimoines de maison-mère et de filiale.

Mais il ne faut pas oublier que la personnalité morale conférée à la filiale n'est qu'un moyen d'expliquer des solutions exigées par les principes et par l'équité : on ne doit pas pousser trop loin les déductions tirées de l'idée de personnalité, et c'est pour avoir méconnu cette vérité que longtemps la notion de filiale s'est mal dégagée, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Ainsi, la distinction nécessaire des deux patrimoines de la maison-mère et de la filiale ne doit pas faire perdre de vue que les actions attribuées à la société-mère par la filiale ne sont, en réalité, pas autre chose que la représentation des apports qu'elle lui a faits ; et si ces actions et ces apports ont théoriquement, au début du moins, ce que les économistes appellent une même valeur d'échange, il faut se souvenir qu'ils ne correspondent qu'à une seule masse de « biens de production » ; la filiale se charge de les faire fructifier, pour distribuer ensuite les bénéfices sous forme de dividendes dont la société-mère a sa part, en tant qu'actionnaire ; lorsque celle-ci distribue, à son tour, des dividendes à ses propres actionnaires, elle y comprend ce qu'elle a déjà reçu de la filiale : c'est cette identité d'origine des dividendes successifs distribués par la filiale et par la maison-mère qui justifie le système fiscal de la loi de 1920.

68. **Objet des chapitres suivants : le lien de subordination entre filiale et société-mère, second élément de la notion de filiale.** — Les liens étroits entre le patrimoine de la société-mère et celui de la filiale apparaissent plus nettement encore lorsqu'on étudie la constitution et le fonctionnement des filiales : c'est en pénétrant les détails de l'organisation même des filiales qu'on se rendra compte de l'étendue de ce lien de subordination à l'égard de la société-mère, qui est leur second caractère essentiel. Jusqu'ici, nous n'avons envisagé la notion de filiale que sous son premier aspect, en développant les effets de la personnalité qu'on reconnaît à la filiale ; nous avons montré la nécessité de

soumettre le patrimoine de la filiale à un statut spécial qui doit s'expliquer par le procédé technique de la personnalité morale. Il faut maintenant se faire une idée plus nette de la notion de filiale en approfondissant le rôle de la société-mère dans la constitution et le fonctionnement de la filiale. Ce sera l'objet des développements suivants, consacrés à l'intervention d'une société dans la constitution et dans le fonctionnement d'une autre société.

•

TITRE II

DE L'INTERVENTION D'UNE SOCIÉTÉ DANS LA CONSTITUTION D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ

69. Rôle économique. — Il arrive très souvent qu'une société participe activement à la formation d'une autre société : la constitution d'une société est le résultat d'une série d'opérations complexes; les personnes qui y interviennent peuvent être aussi bien des groupements que des individus; chaque fois qu'une société-mère constitue une filiale, elle joue un rôle prépondérant dans la formation de celle-ci.

Le rôle économique de cette intervention des sociétés dans la constitution d'autres sociétés a pris, depuis un demi-siècle, une importance toujours croissante : les sociétés ont des moyens d'action très étendus; on conçoit que, dans la formation d'organismes si puissants, interviennent non seulement des capitalistes ou des spéculateurs isolés, mais surtout des groupements disposant déjà par eux-mêmes de capitaux considérables; celui qui prend l'initiative, ou qui partage avec d'autres l'initiative de la constitution d'une société pourra s'y réserver une situation prépondérante : mieux vaut s'in-

introduire dès le début dans une société que d'y rechercher, par la suite, une influence parfois difficile à acquérir.

70. Questions juridiques à examiner. — Il y a plusieurs manières pour une société d'intervenir dans la constitution d'une autre société : elle peut se borner à souscrire une portion du capital de la seconde société, ou bien à faire à celle-ci des apports en nature; elle peut aussi, et c'est le cas qui nous intéresse, prendre une part assez active à la constitution de la seconde société pour être regardée comme un des fondateurs de celle-ci.

Qu'il s'agisse d'une filiale constituée par une seule société-mère, ou bien, au contraire, d'une société constituée par plusieurs sociétés (sociétés de sociétés), les mêmes problèmes juridiques se posent. Pour en faire une étude complète, il faudrait reprendre en détail des points qui sont traités dans tous les ouvrages généraux sur les sociétés. Ce serait dépasser le cadre déjà vaste de ce travail; il suffira donc de rappeler, quand il le faudra, les solutions admises communément, pour n'insister que sur les difficultés spéciales soulevées par l'intervention d'une société dans une autre société en formation.

71. Plan. — Nous envisagerons successivement les points suivants :

CHAPITRE PREMIER. — Société fondateur d'une autre société.

CHAPITRE II. — Des sociétés ayant pour objet de favoriser ou de précéder la constitution d'autres sociétés.

CHAPITRE PREMIER

Société fondateur d'une autre société.

72. Cas où la société à constituer est une société par intérêt. — Le problème général de la participation d'une société à la constitution d'une autre société ne prend une véritable importance que lorsque cette seconde société est une société par actions.

En effet, dans les sociétés de personnes, les formalités constitutives sont réduites au minimum : un contrat entre associés, précisant autant que possible le mode de fonctionnement et de liquidation de la société, une publicité requise par la loi, telles sont, la plupart du temps, les seules conditions exigées pour la naissance d'une société par intérêt ; au surplus, les associés se connaissent, ou se font confiance ; *l'intuitus personæ* produit ordinairement tous ses effets ; il n'y a pas de difficultés spéciales, ni dans les rapports entre les associés qui ont eu l'initiative de l'affaire, ni entre ces associés et les tiers ; s'il y en a, elles sont résolues d'après le droit commun. Dans les sociétés de personnes, il n'y a pas de *période constitutive*. C'est pourquoi il sera permis d'écarter, au cours des développe-

ments qui vont suivre, le cas où une société prend part à la constitution d'une autre société civile, en nom collectif ou en commandite simple.

73. Cas où la société à constituer est une société « à responsabilité limitée ». — Il en sera de même des cas où une société participe à la constitution d'une société à responsabilité limitée.

La société à responsabilité limitée ne comporte pas, en effet, de *période constitutive*, puisqu'elle est définitivement constituée par la signature de tous les associés au bas de l'acte de société (1).

Il n'y a donc, pour cette forme de société, pas beaucoup plus de difficultés spéciales nées avant la constitution définitive que pour les sociétés par intérêt : les nullités édictées par l'article 9 de la loi du 7 mars 1925 sanctionnent des conditions bien plus faciles à observer que celles qu'exige la loi de 1867 pour les sociétés par actions ; les seules formalités constitutives sanctionnées par la nullité sont la rédaction d'un écrit (art. 4) contenant déclaration qu'ont été remplies les deux conditions de répartition de toutes les parts entre les associés, et de libération intégrale de ces parts (art. 7) ; l'intervention de tous les associés, en personne ou par mandataires justifiant d'un pouvoir spécial, à l'acte de société (art. 4, al. 3) ; enfin, l'évaluation, dans l'acte de société des apports en nature (art. 8, al. 1) (2). Il n'y a lieu, ni à la délicate procédure de vérification des apports en nature, ni à celle des avantages particuliers, car ceux-ci sont, en fait, infiniment plus rares que dans

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 1560.

(2) J. HÉMAR, *op. cit.*, n° 304.

les sociétés par actions, bien que leur principe ne soit prohibé par aucun texte formel.

Il n'y a pas lieu non plus de faire devant notaire la déclaration de l'état des souscriptions et versements, avec liste nominative des souscripteurs et double ou expédition de l'acte de société (art. 1^{er}, al. 3 et 4, loi de 1867). On n'a pas enfin à tenir une assemblée pour désigner les premiers fonctionnaires sociaux (art. 5, art. 25, loi de 1867).

La constitution d'une société à responsabilité limitée étant beaucoup moins complexe que celle d'une société par actions, le rôle de ceux qui en prennent l'initiative est nécessairement très réduit : on ne peut parler de fondateur d'une société à responsabilité limitée comme on parle de fondateur d'une société anonyme. Ou plutôt, si l'on emploie ce mot, comme l'a fait la loi de 1925 elle-même (art. 7, al. 3, et art. 37), il ne faut pas lui attribuer un sens bien précis et tous les associés primitifs doivent être tenus pour fondateurs, puisqu'ils interviennent personnellement à l'acte de société (1).

D'ailleurs, l'article 10 de la loi de 1925 fait peser la responsabilité civile résultant de la nullité prononcée sur « les associés auxquels la nullité est imputable » ; alors que l'article 42 de la loi de 1867 la met à la charge des « fondateurs » auxquels la nullité est imputable ; on ne peut qu'être frappé de l'analogie entre ces deux textes ; seul le mot « fondateur » est absent dans le texte de 1925 ; il faut en conclure qu'il n'y a pas de disposition spéciale régissant les fondateurs d'une société à responsabilité limitée. Certains auteurs ont

(1) DROUETS, *op. cit.*, n^o 123 et 151 ; LEPARGNEUR, *Loi sur les S. R. L.*, n^o 20.

même voulu étendre la responsabilité de l'article 10 à tous les associés primitifs, sans distinction entre ceux qui ont commis l'irrégularité et ceux qui l'ont ignorée (1). Cette interprétation fausse le sens de l'article 10, qui dit que les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables « envers les autres » ; il semble difficile de l'admettre. Mais, quoi qu'il en soit, il n'y a pas de dispositions spéciales aux fondateurs de société à responsabilité limitée.

Cela semble plus évident encore lorsqu'on étudie la règle de l'article 8, d'après laquelle les associés sont solidairement responsables envers les tiers de la valeur attribuée lors de la constitution de la société aux apports en nature. On n'est pas encore bien fixé sur le fondement et sur la portée de cette règle : la plupart des auteurs la considèrent comme une présomption de faute à la charge des associés primitifs ; cette faute consiste, d'après eux, dans un manque de surveillance qui a permis la majoration des apports en nature (2) ; on ne sait pas exactement si cette faute serait présumée d'une manière irréfragable à la charge de tous les associés primitifs, ou bien s'il serait permis à ceux d'entre eux qui n'ont commis aucune faute de prouver leur bonne foi et de s'exonérer de leur responsabilité (3). On doit, de plus, pour être logique, étendre la responsabilité à tout le préjudice résultant de la majoration d'apports et non à l'étendue de cette majoration. Comme, au surplus, tous les associés signataires de l'acte sont responsables,

(1) J. LEPARGNEUR, *J. S.*, 1925-287 ; PIC et BARATIN, n° 223.

(2) DROUETS, *op. cit.*, n° 114 ; LEPARGNEUR, *loc. cit.*, p. 292.

(3) Dans le sens de la preuve de l'absence de faute : LEPARGNEUR, *loc. cit.*, p. 292 ; en sens contr. DROUETS, n° 114.

on peut s'étonner que la loi les présume tous en faute; c'est pourquoi certains auteurs font dériver la responsabilité d'une obligation de garantie résultant de l'évaluation des apports en nature inscrits dans le pacte social (1). Ce qui est certain, c'est que la loi met cette responsabilité à la charge de tous les signataires de l'acte de société, c'est-à-dire à la charge de tous les associés primitifs. Là encore, il n'y a pas de régime spécial aux fondateurs de la société : tous les associés qui concourent à l'acte de société sont traités de la même manière.

Une société peut donc, en tant que personne morale, participer à la constitution d'une société à responsabilité limitée ; son rôle sera le même que celui de tout autre associé de celle-ci ; il importe peu que ce soit elle qui ait eu l'initiative de l'entreprise et qu'elle possède à elle seule la majorité des parts sociales, en un mot, qu'elle joue le rôle de société-mère et la société à responsabilité limitée celui de filiale : au point de vue de ses droits et obligations, de ses responsabilités éventuelles, elle sera soumise au même régime que tous les associés qui interviennent à la rédaction de l'acte social.

74. Cas où la société à constituer est une société par actions. — La participation d'une société à la constitution d'une société par actions soulève, au contraire, de nombreuses difficultés. La loi de 1867 prescrit, en effet, des formalités complexes dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité ; les personnes à qui cette nullité est imputable encourent des responsabilités

(1) *Pior*, 2^e éd., n° 10.

graves : parmi ces personnes figurent en première ligne les fondateurs de la société. Bien que la loi n'ait nulle part défini le terme de fondateur, la jurisprudence est aujourd'hui à peu près fixée sur le sens qu'il faut lui donner ; on peut donc, en partant des solutions qu'elle a consacrées, déterminer en quels cas une société agissant en qualité de personne morale pourra être réputée fondateur d'une société anonyme.

Ensuite, il faudra se demander si, dans l'état de notre droit, une société peut être fondateur d'une autre société. Enfin, si cette question est résolue affirmativement, il restera encore à étudier certaines difficultés que soulève la participation de la société-fondateur à la constitution de la seconde société. Tel sera le plan des développements qui vont suivre.

SECTION I.

Dans quels cas une société peut-elle être réputée fondateur d'une autre société ?

75 Qui est fondateur ? — La loi ne définit pas le fondateur de société. Elle donne, par son silence même, tous pouvoirs aux juges pour déterminer en chaque espèce qui est fondateur : la Cour de cassation ne peut contrôler sur ce point la décision des juges du fait (1).

Mais, malgré cette liberté laissée au cours d'appel, celles-ci donnent du fondateur de société des définitions qui sont, en général, très voisines ; il n'y a guère de

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 678 ; LYON-CAEN et RENAUT, n° 793 ; Req. 9 avril 88. S. 88-1-207 ; 13 juillet 92, S. 94-1-261 ; Civ. 10 nov. 97 ; S. 97-1-505.

contrariété dans la jurisprudence : c'est que le mot « fondateur » est un terme juridique qui ne diffère guère de celui de la langue vulgaire. Le fondateur, c'est celui qui a pris à la constitution de l'entreprise une part prépondérante ; la circonstance qu'il y ait plusieurs fondateurs dans une société par actions ne change pas la situation de chacun d'eux. Ainsi, on doit considérer comme fondateurs d'une société tous ceux qui ont joué dans la constitution de celle-ci « un rôle spécialement important (1) ».

Ce n'est encore là qu'une définition générale ; il faut la préciser un peu. La jurisprudence, qui confère assez largement la qualité de fondateur, y met pourtant deux conditions essentielles : il faut non seulement avoir coopéré d'une manière active à la constitution de la société, mais avoir agi dans son intérêt propre. Ainsi, le banquier qui émet les titres d'une société en formation pourra, selon les cas, être considéré ou non comme fondateur de cette société, selon qu'il agira en son nom personnel ou comme simple mandataire (2).

Mais l'intérêt personnel exigé en la personne du fondateur ne va pas jusqu'à obliger celui-ci à être actionnaire de la société qu'il a contribué à former (3). C'est l'avantage du système français, qui laisse aux tribunaux toute liberté pour apprécier si en fait telle ou telle

(1) J. PERCEUR, Des fondateurs de sociétés anonymes, *Thèse Dijon*, 1896, p. 10.

(2) PIC, n° 825.

(3) Paris, 3 février 91, *R. S.* 91, 208 ; Paris, 13 janvier 1882, *R. S.*, 83-89 ; Orléans, 14 juin 1893, *J. S.* 93, 488 ; P. LESCOT, *op. cit.*, p. 110 ; A. WAHL, *S.* 1914-2-130 ; COPPER-ROYER, I n° 29 ; — *non obstat* : exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 ; la jurisprudence adopte avec raison l'interprétation la plus large, sans s'en référer à l'exposé des motifs d'une loi antérieure.

personne mérite ou non la qualité de fondateur, avec les avantages et les responsabilités qu'elle comporte : le Code de commerce allemand, plus rigoureux, détermine avec précision qui est fondateur, et enlève ainsi à l'interprétation judiciaire cette souplesse qui, si elle ne confine pas à l'arbitraire, doit être considérée comme un bienfait (1).

En vertu de la même idée, le juge n'est pas lié par des faits, tels que l'apport en nature, ou, à plus forte raison, l'adhésion à un syndicat d'émission ; ni même par la signature des statuts : si de tels actes peuvent suffire, dans certains cas, à conférer la qualité de fondateur, les tribunaux conservent leur entière liberté d'appréciation.

76. Société-fondateur. — Appliquons ces principes au cas où une société participe à la constitution d'une autre société : la première société pourra être réputée fondateur de la seconde, lorsqu'elle aura elle-même, en tant qu'être moral, coopéré d'une manière active et dans son propre intérêt à la formation de cette seconde société (2).

(1) Comp. H. G. B., § 187 : « Actionnaires qui ont rédigé les statuts ou qui ont fait des apports autres qu'en numéraire. » En Italie, on distingue les *fondatori* des *promotori* : les *fondatori* doivent souscrire des actions (art. 128, C. comm. italien) ; les *promotori* sont ceux qui font des démarches pour la constitution de la société ; la société-mère sera le plus souvent, à la fois *fondatore* et *promotore* de sa filiale. Comp. VIVANTE, n° 417.

(2) Nous n'étudions pas ici le rôle économique des fondateurs ; il y aurait à cet égard une distinction intéressante à faire, entre le fondateur industriel et le fondateur financier : celui-ci se borne le plus souvent à prêter son appui pécuniaire à la société en formation, il souscrit comme le *fondatore* italien ; le fondateur industriel se rapproche au contraire du *promotore* italien. Quand une société joue le rôle de fondateur, elle peut avoir soit un rôle financier (banque d'affaires), soit un

Par exemple, on peut concevoir qu'une société fasse partie d'un syndicat d'émission des titres d'une société en formation (1) ; nous verrons même que ce fait est fréquent. Il ne suffit pas à lui seul pour conférer à la première société la qualité de fondateur de la seconde, et cela surtout si le syndicat se borne à prêter son concours pour le placement des actions de la société en formation, moyennant une commission déterminée, mais sans prendre l'engagement de souscrire lui-même les actions dont le public ne voudrait pas : la société qui adhère à ce syndicat n'est pas un fondateur ; elle joue bien un rôle utile dans la constitution de la seconde société, mais c'est un rôle d'intermédiaire, rétribué par une commission : elle n'est pas intéressée directement à la constitution de l'autre société (2).

Il en serait également ainsi, au cas où le syndicat d'émission dont fait partie la première société achèterait en bloc les actions de la société en formation, pour les écouler ensuite dans le public, mais en s'engageant expressément à garder les actions dont le public ne voudrait pas : le syndicat peut, en ce cas, devenir actionnaire de la nouvelle société, les actions être réparties entre ses membres, ceux-ci ne seront pas fondateurs.

La question est plus délicate quand le syndicat d'émission est un syndicat « de prise ferme » ; un pa-

rôle industriel. Cette distinction commandée par les faits n'a trouvé aucun écho dans notre droit positif ; aussi n'y insistons-nous pas plus longuement

(1) Sur les syndicats d'émission, v. en particulier, parmi les nombreux articles publiés, l'étude de THALLER, *Ann. dr. comm.*, 1911-83, et le mémoire du même auteur au Congrès de Bruxelles en 1910 (doc. de ce Congrès II-14). V. aussi P. FURET, *J. S.*, 1921-49 ; HOUPLIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 625 et suiv.

(2) P. LESCOT, *op. cit.*

reil syndicat se forme, en effet, en vue de souscrire pour son compte tout ou partie des actions de la société en formation ; ces actions sont revendues plus tard avec prime et celles qui n'ont pas pu être placées dans le public sont réparties entre les membres du syndicat qui deviennent ainsi actionnaires de la nouvelle société. La société qui fait partie de ce syndicat d'émission est alors personnellement intéressée à la marche régulière de la société qu'elle a contribué à former ; sera-t-elle réputée fondateur de celle-ci ? On ne peut pas, selon nous, l'affirmer d'une manière générale ; la circonstance que la première société est ou non appelée à devenir actionnaire de la seconde ne permet pas, en effet, de résoudre la question ; la solution dépendra avant tout du rôle qu'en fait aura joué la première société dans la formation de la seconde ; et l'adhésion à un syndicat *de prise ferme* ne suffit pas pour conférer la qualité de fondateur de la société nouvelle.

On doit même décider que la qualité de gérant d'un syndicat d'émission n'emporte pas nécessairement celle de fondateur ; mais, en fait, le rôle prépondérant joué par ce gérant dans les rapports du syndicat et de la société émettrice suffit, le plus souvent, à la soumettre aux règles qui régissent les fondateurs (1) : en particulier, il intervient d'une manière active dans la souscription du capital social, et souvent dans la rédaction des statuts. Comme rien n'empêche une société d'être désignée comme gérant d'un syndicat d'émission (2), on doit, sans hésiter, lui appliquer ces principes.

(1) Trib. civ. Seine, 20 janvier 1905, *J. S.* 05-268 (Sté française de gaz aérogène).

(2) V. plus loin la discussion théorique à propos de la société-gérant ou administrateur.

77. (Suite.) — On considère, en général, que le fait d'avoir voté dans les assemblées constitutives d'une société ne suffit pas pour conférer la qualité de fondateur de celle-ci (1); et cela même si la personne qui vote est en même temps un apporteur en nature (2). Il en est ainsi en particulier au cas où une société vote, par l'organe de ses gérants ou administrateurs aux assemblées constitutives d'une autre société, en qualité de souscripteur d'actions de cette seconde société.

En revanche, le seul fait d'avoir signé les statuts suffit pour être fondateur; l'administrateur ou le gérant qui signe en qualité engage la responsabilité civile éventuelle de la société dont il est l'organe par application des principes qui seront ultérieurement exposés; les responsabilités pénales qui pèsent sur les fondateurs de sociétés anonymes seront supportées par l'administrateur ou par le gérant qui aura lui-même signé les statuts.

On doit également considérer comme fondateur celui qui, sans intervenir personnellement aux opérations constitutives, à la rédaction et à la signature des statuts, à la déclaration notariée de souscription et versement, a prêté son concours aux fondateurs réels. Il en est ainsi notamment au cas de constitution fictive ou frauduleuse d'une société anonyme; on atteint par ce moyen les instigateurs de la fraude, en leur appliquant les responsabilités civiles et pénales de la loi de 1867. Il est vrai qu'en pareil cas, les manoeuvres répréhensibles émanent bien plus souvent de la personne phy-

(1) Req., 30 janvier 1893. S. 97-1-493; Prc, n° 827, II, p. 185; *ARTHOUS*, n° 368, note 5.

(2) Comp. Req., 21 juillet. 1890. D, P., 91-1-270.

sique qui agit pour le compte de la société elle-même : les responsabilités pénales seront dans tous les cas supportées par cette personne physique ; les responsabilités civiles pourront parfois être mises, au moins en partie, à la charge de la société qui a, par ces agissements, acquis la qualité de fondateur.

78. **Cas où le gérant ou administrateur est personnellement fondateur sans que la société qu'il représente le soit.** — Bien entendu, le gérant ou l'administrateur qui agit pour le compte de la société fondateur peut, dans certains cas, être lui-même un fondateur. Mais la société-personne morale peut être fondateur quand son gérant ou administrateur ne l'est pas. Et inversement, le gérant ou administrateur d'une société peut accomplir des actes qui le feront considérer comme un fondateur, sans que ces actes puissent profiter ou nuire à la société dont il est l'organe : la société restera en dehors des opérations constitutives d'une autre société entreprises par son gérant ou par son administrateur, notamment au cas où celui-ci, au lieu d'agir *ès qualité*, précisera qu'il agit en son nom personnel ; il en est également de même quand la participation à la fondation d'une société par actions est un acte grave dépassant les pouvoirs statutaires des gérants ou administrateurs, et que ceux-ci ont agi sans se munir d'un pouvoir spécial émanant de l'assemblée des actionnaires. Ces considérations théoriques se trouveront précisées par l'étude détaillée des conditions dans lesquelles une société peut valablement intervenir dans la fondation d'une autre société.

SECTION II.

Des conditions auxquelles est subordonnée la validité de la participation d'une société à la fondation d'une société par actions.

79. En principe, cette participation est valable. — La question qui se présente tout d'abord est celle de savoir si l'idée même de la société fondateur n'est contraire à aucun texte ni à aucun principe.

La raison de douter provient de la difficulté qu'on éprouve à traiter une société, personne juridique, tout comme une personne physique ordinaire : on hésite à accorder à cette société les droits de fondateur de société, on hésite à lui faire encourir les responsabilités éventuelles qu'entraîne cette qualité, à peu près de la même manière qu'on hésite à permettre sa désignation comme gérant ou administrateur, ou encore comme liquidateur d'une autre société (1).

Cependant, alors que la question de la société « gérant ou administrateur » a été longuement discutée en doctrine au début de ce siècle, on ne paraît pas avoir autant écrit sur la « société-fondateur ». C'est évidemment parce que le problème de la validité de la désignation d'une société comme gérant ou comme administrateur se pose dans la pratique d'une manière inévitable : la société qui possède des intérêts importants dans une

(1) Sur la société-gérant ou administrateur, v. *infra*, n° 114 à 129 ; — sur la société-liquidateur, v. J. CORBAU, *R. P. S. B.*, 1900-164 ; — Liège, 13 juin 1900, *R. P. S. B.*, 1900-164 ; — Gand, 13 février 1879. *Pas* 1879-2.1, dans le sens de la validité. V. encore HOUPIX et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 278, note 6 ; PONT, n° 1935.

autre société désire se faire nommer gérant ou administrateur de celle-ci ; il faut savoir si elle le peut, ou si elle doit recourir à des expédients tels que la désignation d'un de ses gérants ou administrateurs.

Au contraire, la dénomination des personnes à qui appartient la qualité de fondateur est, nous l'avons vu, une pure question de fait. Une société veut participer à la constitution d'une autre société ; ses gérants ou administrateurs accomplissent certains actes qui, dans certains cas, conféreront la qualité de fondateur soit à eux-mêmes, soit à la société qu'ils représentent, soit à la fois à eux et à cette société. On n'a pas tout d'abord l'idée de se demander si la société peut être fondateur d'une autre société ; la question apparaît moins nettement qu'au cas où une société se fait nommer administrateur ou gérant.

Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, la discussion théorique est la même. Et c'est ce qui expliquera la brièveté du présent développement : pour éviter des répétitions inutiles, nous nous contentons de renvoyer au chapitre qui sera consacré à la société gérant ou administrateur d'une autre société.

En particulier, l'objection fondée sur l'impossibilité matérielle d'appliquer à la société gérant ou administrateur les sanctions pénales de l'article 405 du Code Pénal et de la loi de 1867 se réfute exactement de la même manière quand on la transpose au cas de la société fondateur ; les agents responsables tombent sous le coup de la loi pénale, et celle-ci n'est pas violée.

On doit également écarter les objections qui se fondent sur le caractère arbitraire ou fictif de la personnalité reconnue aux sociétés : on ne peut pas, dit-on, considérer qu'une société fonde une autre société ; ce sont

toujours les agents de cette société qui font les actes matériels ou juridiques, parce qu'eux seuls ont une volonté. Mais une pareille affirmation procède d'une logique trop formelle ; il faut toujours avoir présentes à l'esprit les réalités que dissimule le procédé technique de la personnalité morale : une société est une masse de biens affectée à un certain but économique, et soumise au régime de la propriété collective ; il est naturel que ce patrimoine soit administré par des personnes physiques dont les pouvoirs sont précisés par la loi ou par les statuts. Quand ces personnes physiques agissent en qualité dans la limite de leurs pouvoirs, leurs actes profitent et nuisent à la société. Il n'y a pas de raison théorique de refuser d'une manière générale et absolue à une société les droits et les obligations qui incombent aux fondateurs de sociétés. La seule question qu'on ait à se poser concerne les conditions dans lesquelles une société pourra être fondateur d'une autre société. Autrement dit, on doit proclamer qu'en principe l'existence de la « société-fondateur » est licite ; mais on doit aussi rechercher sous quelles conditions elle peut être valable. Il semble d'ailleurs que la jurisprudence ne se soit pas inquiétée des objections théoriques auxquelles on peut tout d'abord songer. Elle se borne à entourer l'existence de la « société-fondateur » de certaines restrictions que lui dictent des considérations purement pratiques. C'est sur ce terrain qu'il convient de s'engager, afin d'éviter tout retard sur des points que l'on ne peut sérieusement contester qu'en théorie pure.

80. Condition relative à l'objet social. — La jurisprudence subordonne la possibilité pour une société de

participer à la fondation d'une autre société, à la condition qu'une pareille opération soit comprise dans le cadre de celles qui sont prévues par les statuts. C'est la condition générale relative à l'objet social que nous avons assignée à toute intervention d'une société dans la constitution, le fonctionnement ou la liquidation d'une autre société (1); elle est imposée par le respect des diverses volontés qui ont concouru à la formation des statuts. Pour la ramener à l'un des cadres établis par le droit des obligations, on peut songer à dire que la société qui fonde une autre société contrairement aux dispositions de ces statuts excède les limites de sa *capacité*: c'est ainsi qu'un arrêt prononçant la nullité de la seconde société qualifie cette nullité de nullité pour incapacité (2).

En réalité, ce n'est pas d'une incapacité qu'il s'agit, mais d'un défaut de *pouvoirs*, qui annule le consentement donné par la première société. On ne peut, en effet, assimiler la capacité d'une société à la capacité d'un individu; on ne peut pas dire que la société soit incapable de faire certains actes, comme, par exemple, de participer à la fondation d'une autre société, quand ces actes sont contraires aux dispositions de ses statuts. La vérité, c'est que cette prétendue incapacité de la société dérive du fait que les statuts ont précisé le genre d'activité pour lequel s'est constituée cette société, et que la société ne peut pas normalement dépasser le cadre qui a été ainsi librement fixé à son activité. Mais alors, à quoi bon parler d'incapacité, puisque tout se ramène à la question de l'objet social, c'est-à-

(1) V. *suprà*, n°s 28 et 29.

(2) Alger, 16 février 1911, sous Req. 30 avril 1913, D. P. 1914-1-279.

dire du but en vue duquel la société s'est formée? Si les organes concluent pour le compte de cette société des actes qui puissent la faire considérer comme fondateur d'une autre société, il faudra se demander s'ils ont des pouvoirs suffisants pour le faire; on répondra par une distinction suivant que la fondation de telle autre société rentre ou non dans le cadre des opérations d'ordre économique constituant l'objet social. Ainsi, ce n'est pas une question de capacité, mais bien une question de pouvoirs qui se pose quand on cherche les conditions dans lesquelles une société peut être fondateur d'une autre société. Cette discussion n'est pas du domaine de la pure spéculation (1): selon le parti qu'on prend, le sort de l'acte de fondation passé par le gérant ou l'administrateur contrairement aux statuts est bien différent; si on considère la première société comme incapable de fonder la seconde, on doit tenir l'acte pour simplement annulable dans l'intérêt de la première société; si, au contraire, on tient, comme nous le proposons, pour le défaut de pouvoirs, l'acte de fondation est absolument sans effets, à l'égard de la première société, et celle-ci ne serait considérée comme fondateur que si elle ratifiait l'acte excédant les pouvoirs de ses gérants ou administrateurs (2). Tout intéressé peut poursuivre la déclaration de la nullité résultant du défaut des pouvoirs; mais, si l'acte de fondation irrégulier a produit des effets avant la déclai-

(1) PLANIOL, I, n° 1611; HÉMAR, *Précis*, I, n° 88.

(2) Et encore cette ratification n'est-elle possible, comme nous allons le voir, que si les statuts, tout en refusant aux gérants ou administrateurs le droit de fonder ès qualité une autre société, autorisent p. ex. l'assemblée générale à le faire; si la fondation excède les opérations prévues par les statuts, il faut, pour ratifier, satisfaire aux formalités de modifications des statuts concernant l'objet social.

ration de nullité, on devra, par application des principes généraux, en tenir compte, et liquider la société ainsi formée comme une société de fait, sur la base de ses statuts (1).

81. Applications : A) Cas de silence des statuts. — L'application de ces principes ne va pas sans soulever de nombreuses difficultés ; le plus souvent, ces difficultés concernent l'interprétation des clauses statutaires déterminant l'objet social. Aussi convient-il de distinguer le cas de silence des statuts de celui où une clause expresse prévoit ou prohibe la participation de la société à la fondation d'une autre société.

1° Au cas de *silence des statuts*, le juge doit s'en rapporter aux clauses qui précisent l'objet social pour savoir si la fondation de nouvelle société est ou non contraire à cet objet. En règle générale, on doit regarder comme impossible la participation à la fondation d'une société qui poursuivra un objet nettement différent. Mais, quand la société fondée a un objet très voisin de celui de la société-fondateur, ou poursuit le même objet que celle-ci, la question se pose de savoir s'il est permis à la société-fondateur d'utiliser une partie de ses capitaux à favoriser la constitution de la seconde société, ou si, au contraire, il ne lui est pas enjoint de consacrer toute son activité et tous ses capitaux à poursuivre elle-même son objet social. La seconde solution est consacrée par un arrêt de la Cour d'Alger du 16 février 1911 (2) : d'après cet arrêt, les statuts qui autorisent une société anonyme à faire des

(1) J. HÉMARD, *Nullités de sociétés*, n° 26.

(2) Alger, 16 février 1911 précité.

opérations d'une nature déterminée, ne l'autorisent pas à créer une nouvelle société ayant pour objet de procéder à ces mêmes opérations pour le compte d'autrui : la société doit procéder elle-même à ces opérations.

82. Suite : Critique d'un arrêt de la Cour d'Alger. — Cette solution, qui est peut-être juste dans son principe, est certainement beaucoup trop absolue. A vrai dire, comme le remarque M. Wahl, qui annote cet arrêt, la société qui fonde une nouvelle société utilise ses capitaux et risque de devenir, en partie tout au moins, une société de crédit ; il est bien évident que l'objet même de l'exploitation poursuivie par la seconde société importe assez peu à la première : celle-ci, en fondant une autre société, en devient actionnaire, y possède, le cas échéant, des parts bénéficiaires, et ne voit là qu'un moyen de faire fructifier son actif. Mais n'est-ce pas là ce que font la plupart des grandes entreprises en fondant des filiales ? Parfois, ces filiales servent à faciliter l'accomplissement du rôle économique de la maison-mère, mais, souvent aussi, ce sont des entreprises dont la société-mère a le contrôle « juridique », c'est-à-dire la majorité dans les assemblées, en se désintéressant du côté technique ou économique de l'exploitation. Bien plus : la jurisprudence admet aujourd'hui sans conteste la possibilité pour une société de céder, moyennant certaines conditions, une partie ou même la totalité de son exploitation à une autre société, contre une rémunération fixe ou une participation aux bénéfices(1). Pourquoi interdire à une société, dans

(1) V. *infra*, n° 170 à 186 ; cf. HOUPIŒ et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 641.

le silence de ses statuts, de fonder une autre société d'objet semblable? C'est donner trop d'importance à la lettre des statuts, et attacher des conséquences sévères à une omission, lors de la rédaction de ces statuts. Il y a des cas où il est utile, presque indispensable, de fonder une filiale qui entamera l'exploitation avec des ressources nouvelles : la solution de l'arrêt d'Alger oblige, en pareil cas, à modifier les statuts ; ce seront des longueurs, des complications inutiles qu'on peut éviter, si on adopte une interprétation plus libérale.

83. B) Une clause expresse des statuts prévoit la participation de la société à la fondation d'une autre société. — Une pareille clause peut se présenter sous des formes extrêmement variées : elle peut autoriser ou prohiber la fondation d'une autre société, elle peut viser d'une manière générale et absolue la fondation de toute autre société, ou ne concerner que la fondation de telle ou telle sorte d'entreprise bien déterminée.

Sa validité n'est pas contestable : les rédacteurs des statuts d'une société sont absolument libres d'assigner à cette société l'objet qui leur paraît convenable, et, par conséquent, d'englober dans cet objet, ou inversement d'exclure de cet objet la fondation d'une autre société.

Des difficultés pourront seulement se présenter, en ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à cette clause. D'une manière générale, on doit suivre les règles ordinaires de l'interprétation des contrats (articles 1156 à 1164 du Code civil) ; l'application n'en est guère délicate que lorsqu'on est en présence d'une clause statutaire subordonnant la faculté de fonder une seconde société à la condition que celle-ci fera par-

tie de telle ou telle catégorie bien définie. Par exemple, une société pour la fabrication de l'acier est autorisée par ses statuts à fonder « toutes entreprises métallurgiques dont la création sera utile à la réalisation de son objet » ; il s'agit de savoir quelles sont, d'après l'intention des rédacteurs des statuts, ces entreprises utiles à la réalisation de l'objet, et ensuite lesquelles méritent le nom d'industries métallurgiques. La difficulté augmente lorsqu'on se trouve en présence d'entreprises qui manifestement n'ont pas pu être prévues par les statuts de la première société ; par exemple, une société s'est constituée à la fin du siècle dernier pour l'éclairage par le gaz ; ses statuts l'autorisent à participer au fonctionnement ou à la création d'autres sociétés poursuivant le même objet ; la question peut se poser de savoir si cette disposition statutaire l'autorise à fonder, plus tard, une société d'éclairage électrique : on ne peut recourir au procédé d'interprétation courant qui consiste à rechercher l'intention des rédacteurs des statuts ; l'interprétation littérale conduit à ne retenir que l'éclairage par le gaz, à l'exclusion de l'éclairage électrique. Une pareille solution condamne toute adaptation aux progrès industriels : elle enferme l'activité sociale dans les limites étroites que lui assignent les formules statutaires ; elle doit être repoussée. La jurisprudence permet aujourd'hui à des sociétés constituées pour l'éclairage par le gaz de distribuer elles-mêmes de l'énergie électrique (1). A plus forte raison doit-on, selon nous, autoriser de telles sociétés à fonder des en-

(1) Orléans, 9 janvier 1901. *D. P.* 03-2-201 ; — *Contra* : jurispr. antérieure ; Paris, 29 décembre 97, *D. P.*, 98-2-445. — Comp. K. LEHMANN, II p. 473.

treprises électriques sans renoncer pour cela à leur objet primitif.

Mais, si libérale que soit l'interprétation donnée aux clauses statutaires qui prévoient la fondation d'une autre société, elle doit tout de même respecter les restrictions contenues dans ces clauses ; l'interprétation des statuts appartient en principe aux juges du fond ; mais, si ceux-ci déforment le sens d'une clause claire et précise des statuts, la Cour de cassation exercera son contrôle : par exemple, dans l'espèce envisagée plus haut, il serait impossible de qualifier d'entreprise métallurgique, une société qui s'occuperait d'un objet tout différent ; et, quand bien même sa création serait utile à la première société, celle-ci devrait y renoncer ou modifier ses statuts.

84, Formules usuelles de ces clauses statutaires. — C'est pourquoi, de plus en plus, les rédacteurs de statuts emploient des formules peu précises qui, dans la généralité de leurs termes, autorisent la fondation de n'importe quelles autres entreprises. S'ils n'ont pas de raison spéciale de se défier de telle ou telle création de filiale, — auquel cas ils insèrent une clause restrictive — ils se contentent de prévoir, de la manière la plus vague, la participation de la société à la fondation d'autres sociétés. En l'état actuel de la jurisprudence, une telle pratique est recommandable : la solution contestable donnée par l'arrêt d'Alger du 16 février 1911 rend nécessaire l'insertion d'une clause expresse dans les statuts. En évitant toute précision qui, par interprétation *a contrario*, pourrait limiter le nombre et la nature des sociétés filiales, on ouvre à

la société-mère un champ d'activité extrêmement large.

Aussi trouve-t-on fréquemment dans les statuts de sociétés, des articles conçus à peu près dans ces termes : «... la société pourra s'intéresser à toutes entreprises constituées ou en voie de constitution, dont le fonctionnement sera utile à la réalisation de son objet... » ou bien encore on utilise cette formule générale qui autorise tout sans rien préciser : «... la société pourra participer à la constitution et au fonctionnement de toutes autres entreprises qu'il lui paraîtra convenable ». Ce sont là des clauses de style qui, en présence des restrictions de la jurisprudence, sont nécessaires pour permettre de la façon la plus large l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société.

85. Fondation d'une société anonyme par une société civile. — En présence d'une des clauses ci-dessus indiquées, rien n'autorise à restreindre la faculté pour la société de fonder d'autres sociétés. En particulier, on doit tenir pour valable la fondation d'une société anonyme par une société civile : en effet, nous avons admis qu'une société civile peut faire des actes de commerce, pourvu que son objet principal continue à demeurer civil (1). Même si l'on regarde la fondation d'une société anonyme comme un acte de commerce, ce qui paraît être l'opinion dominante en France (2), on laisse à une société civile la possibilité d'accomplir cet acte de commerce sans perdre sa forme civile.

(1) V. *suprà*, liv. I, tit. I, ch. iv.

(2) En Belgique, la fondation de société anonyme n'est pas un acte de commerce : T. comm. Liège, 8 avril 1908, et T. comm. Bruxelles, 5 mai 1909. R. P. S. B. 09. 236.

86. Cas où la société-fondateur est une société par actions : restriction fondée sur l'affectation du capital social au gage des créanciers sociaux. — Quand la société-fondateur est une société par actions, la faculté qu'elle a d'engager des fonds dans la société qu'elle contribue à constituer est limitée par l'affectation spéciale imposée au capital social, dans l'intérêt des créanciers sociaux. Le capital social, qui est égal à la somme des valeurs nominales des actions (1), forme la garantie des tiers ; il ne doit pas être augmenté ni réduit sans une modification statutaire régulièrement publiée. Il ne doit pas servir à d'autres opérations que celles qui tendent à réaliser l'objet social ; en particulier, dans le silence des statuts, il est interdit à une société d'engager des fonds représentatifs du capital social à la souscription d'actions d'une société poursuivant un objet différent (2). En revanche, lorsque la seconde société a un objet semblable à celui de la première, on peut, semble-t-il, admettre que celle-ci souscrive des actions au moyen de son capital, car c'est pour elle un moyen indirect de réaliser son objet social. On peut, à ce point de vue, tirer argument de la solution admise par la jurisprudence en matière de cession d'exploitation ; bien que les deux questions soient très différentes, on peut admettre dans les deux

(1) Le capital social, c'est « le chiffre à concurrence duquel les associés promettent d'engager leur responsabilité, en opposition avec le fonds social qui est la richesse effective de la société ». А. СПАЧЪ : Le capital social, *Thèse Nancy*, 1913. — Cf. G. BOURCART, note S. 1919-2-51; C. VIVANTE, n° 457.

(2) Les statuts pourraient prévoir l'utilisation des fonds représentatifs du capital à la souscription d'actions d'une société d'objet différent : cette clause régulièrement publiée serait opposable aux créanciers sociaux ; cela reviendrait à comprendre dans l'objet de la société, cette souscription d'actions d'une société d'objet différent.

cas que l'objet d'exploitation poursuivi par les deux sociétés qui entrent en rapports doit être semblable (1).

Quand la souscription d'actions complètement libérées est faite au moyen de fonds provenant de réserves facultatives, il n'y a pas de difficultés ; il s'agit de fonds dont la société peut se servir comme elle l'entend, puisqu'elle aurait pu les distribuer sous forme de dividendes au lieu de les mettre en réserve ; si la société ne peut pas les employer à des opérations non prévues par les statuts, c'est uniquement par respect des clauses statutaires, et dans l'intérêt exclusif des actionnaires : les créanciers sociaux ne peuvent pas se plaindre de la mauvaise utilisation des fonds appartenant aux réserves facultatives.

Si les fonds appartiennent à la réserve légale d'une société anonyme, on doit répondre par la distinction proposée pour l'emploi des fonds représentatifs du capital social : il est, en effet, de principe que la réserve légale suit la condition du capital social, et qu'elle forme pour les créanciers un gage complémentaire de celui du capital social (2).

Si sur les actions souscrites, il a été fait un versement du quart avec des fonds provenant de réserves extraordinaires, et si le solde non versé doit entamer la réserve légale ou le capital social, on doit décider que l'opération tout entière est nulle, comme si le premier quart lui aussi avait été versé à l'aide de fonds représentatifs du capital social. Toutefois, si la nullité de la souscription n'avait pas été demandée, et si lors de

(1) V. *infra*, n° 182 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, n° 641, 1321 et 1391.

(2) Sur toutes ces questions, consulter A. AMIAUD, *Comptes de Réserves dans les Sociétés par actions*, 2^e éd., 1920.

l'appel du non-versé, la société était en mesure de se libérer à l'aide de fonds appartenant aux réserves extraordinaires, on devrait admettre que la souscription est valable, parce que le motif qui justifiait la nullité disparaît en ce cas.

87. Autre restriction fondée sur le respect des droits des créanciers sociaux — Les créanciers sociaux sont garantis par les principes qui viennent d'être exposés, contre l'emploi abusif des fonds représentatifs du capital social. Ils le sont encore par le droit commun des obligations, toutes les fois que la société-mère détourne à leur détriment une partie de son actif pour constituer une filiale en fraude de leurs droits. Ils peuvent alors, selon les cas, agir en vertu de l'article 1167 C. civil, si la filiale a été constituée régulièrement, mais en fraude de leurs droits ; ou invoquer l'article 447 C. commerce, si la constitution de filiale a eu lieu en période suspecte ; ou enfin agir en *déclaration de simulation*, si la constitution d'une filiale a été fictive et simulée pour détourner une partie de leur gage ; les juges du fond ont qualité pour apprécier si la constitution de filiale a été réelle ou simulée. L'action *Paulienne* est réservée aux créanciers de la société-mère antérieurs à la constitution de la filiale, tandis que l'action en déclaration de simulation est ouverte à tous les créanciers antérieurs ou postérieurs à la constitution de la filiale (1). L'action Paulienne suppose en outre que la constitution de la filiale a eu lieu en fraude des droits des créanciers sociaux, et avec la complicité de la filiale ; la preuve n'en est pas toujours facile ; au contraire,

(1) BARDE, I, n° 733 ; AUBRY et RAU, 5^e éd., IV, p. 240, note 49.

l'exercice de l'action en déclaration de simulation n'est pas subordonné à l'existence de la fraude et de la complicité du tiers. Ainsi, les créanciers sociaux agiront en déclaration de simulation, si la société-mère, leur débitrice, a simulé la constitution d'une filiale qui, en réalité, n'a jamais eu d'indépendance véritable, et a toujours été traitée par elle comme une véritable succursale (1). Ils auront recours à l'action Paulienne, si la société-mère, leur débitrice, a réellement constitué une société indépendante, en fraude de leurs droits.

88. Sanctions de ces restrictions. — Ces divers moyens ne font pas double emploi avec celui qui a été indiqué au numéro précédent : il s'agit ici de mesures nettement répréhensibles, dirigées par la société-mère contre ses créanciers ; elles sont le plus souvent l'œuvre d'une société acculée à la faillite, ou bien elles sont dirigées par des administrateurs malhonnêtes qui cherchent un moyen de soustraire une partie de l'actif au gage des créanciers sociaux ; elles sont réprimées par le droit commun des obligations ou de la faillite.

Au contraire, quand une société emploie des fonds représentatifs du capital social à la constitution d'une filiale dans les conditions que nous avons jugées irrégulières, les créanciers sociaux peuvent bien attaquer cette opération ; mais l'opération n'est pas en elle-même malhonnête ; on annule l'acte parce que le capital social, gage des créanciers, doit être employé à réaliser l'objet social (directement ou indirectement, si l'on admet les distinctions que nous avons proposées), mais ne

(1) Cf. p. ex. : Aix, 4 novembre 1927, *Rec. jur. soc.*, 1928-37, et les remarques faites ci-dessus au n° 61.

pas servir à des opérations étrangères à cet objet. Quant aux fonds prélevés sur les réserves facultatives, ils échappent au gage des créanciers sociaux, la société peut les employer comme bon lui semble ; mais encore faut-il, d'après la jurisprudence, que les opérations qu'elles servent à réaliser soient prévues par les statuts, comme il a été expliqué ci-dessus (n^{os} 80 et suivants). La violation de cette dernière règle donnerait lieu à une action ouverte seulement aux actionnaires, dans l'intérêt exclusif desquels elle est établie. En revanche, la nullité de l'emploi des fonds représentatifs du capital à des opérations non autorisées par les statuts peut être demandée à la fois par les actionnaires et par les créanciers sociaux, pour les raisons différentes que nous avons exposées.

89. Sanctions au regard de la société fondée. — Lorsqu'une société participe irrégulièrement à la fondation d'une autre société, la nullité de l'acte de fondation irrégulier entraîne la nullité de la filiale ainsi fondée. Il importe peu à cet égard que l'acte de fondation ait été fait de bonne ou mauvaise foi.

Toutefois, il ne faut pas assimiler en tous points cette nullité de la société fondée à une nullité ordinaire. Si la société fondée n'a pas eu de vie juridique, si l'acte de fondation a été attaqué avant la constitution de cette société, il n'y a pas de difficultés spéciales. Mais, si la société filiale a existé en fait, il faut tenir compte de cet état de choses, et la liquidation entre associés a lieu sur la base de ses statuts, comme on procède pour les sociétés de fait. A l'égard des tiers, la jurisprudence, tirant ici une conséquence contestable de l'idée de nul-

lité, refuse aux créanciers sociaux un droit de préférence sur l'actif social à l'encontre des créanciers personnels des associés (1).

Telles sont les sanctions de l'acte de fondation irrégulier au cas où la société fondée l'a été conformément aux formalités requises par la loi.

Si la filiale n'a pas satisfait à ces conditions légales, il en résulte une cause de nullité spéciale, que nous ne pouvons étudier en détails (2). Cette nullité entraîne à la charge de la société-fondateur des responsabilités civiles, et à la charge des personnes physiques qui ont agi pour le compte de cette société, des responsabilités pénales édictées par la loi de 1867. Cette nullité pour défaut d'accomplissement des formes légales peut se superposer à celles qui ont été indiquées ; elle peut aussi exister seule, lorsqu'une société-mère prend part, conformément à ses statuts, à la formation d'une filiale, mais que celle-ci n'a pas été constituée régulièrement.

Il convient de donner maintenant un aperçu de ces formalités constitutives et de préciser en quoi peut consister le rôle de la société-mère dans l'accomplissement de chacune des formalités constitutives de sa filiale.

SECTION III

Du rôle joué par la société-mère dans l'accomplissement des formalités constitutives de la filiale.

90. Rappel des formalités constitutives dans les sociétés par actions. — La constitution d'une société par

(1) J. HÉMARD, *op. cit.*, n° 548. — Req., 14 avril 1893, S. 97-1-487 ; Ctv., 7 juin 1904, S. 1905-1-8 ; — Req., 20 nov. 1901, S. 1904-1-22.

(2) V. à ce sujet J. HÉMARD, *op. cit.*, n° 298 à 302.

actions est subordonnée à l'accomplissement de six formalités : 1° la confection des statuts ; 2° la souscription intégrale du capital social ; 3° le versement en espèces du quart sur chaque action, et de la totalité s'il s'agit d'actions de 25 fr. ; 4° la déclaration notariée de l'état des souscriptions et versements, avec liste nominative des souscripteurs, et double ou expédition de l'acte de société ; 5° la vérification en assemblée générale des apports en nature et des avantages particuliers ; 6° la nomination en assemblée générale des premiers fonctionnaires sociaux et, pour la société anonyme, la vérification de la sincérité de la déclaration notariée.

91. La société-mère peut être l'unique fondateur. — Tous les actionnaires peuvent être des sociétés. — Quand une société fonde une filiale, elle intervient d'une façon active dans l'accomplissement de ces diverses formalités, il arrive même souvent qu'en fait, ce soit elle qui, par l'organe de ses gérants ou administrateurs, se charge d'en assurer la réalisation.

En effet, si pour la société anonyme, la loi exige un nombre minimum de sept actionnaires (art. 25, loi 1867), aucun texte ne précise le nombre des fondateurs, et on doit, par conséquent, décider que la pluralité de fondateurs n'est pas une condition requise pour la constitution d'une société anonyme (1).

Il peut donc fort bien arriver qu'une société possède, à elle seule, l'immense majorité du capital d'une autre société, dont elle est le seul fondateur : la condition de l'existence de sept associés est facile à remplir ; ces ac-

(1) Comp. en Allemagne le § 182 du *H. G. B.*, qui exige un minimum de 5 fondateurs.

tionnaires peuvent eux-mêmes être des associés de la société-mère ; la loi ne détermine pas le nombre d'actions que doit avoir chacun des sept actionnaires ; théoriquement, une action peut suffire (1), pourvu que la souscription soit sérieuse, c'est-à-dire qu'elle émane d'une personne qui existe réellement et qui soit capable.

Dans la société en commandite par actions, il faut un nombre minimum de quatre associés : trois actionnaires, membres du conseil de surveillance (art. 5, loi 24 juillet 1867) et un commandité gérant : celui-ci peut fort bien être une société-mère qui fonde une filiale sous la forme d'une commandite par actions ; et les actionnaires membres du conseil de surveillance peuvent être soit des associés de la société-mère, soit des tiers qui n'ont en fait qu'un rôle très limité.

Tous les actionnaires peuvent être des sociétés : puisqu'on admet qu'une société, en tant qu'être moral, peut participer à la constitution d'une autre société, rien n'empêche la constitution d'une société anonyme dont tous les actionnaires seront des sociétés (2).

Même, ces « sociétés de sociétés » deviennent de plus en plus fréquentes dans la pratique ; des développements spéciaux leur seront réservés à la fin de cette étude (nos 196 à 210).

Que tous les actionnaires soient des sociétés, ou que l'actionnaire principal seul soit une société, les mêmes questions se présentent, en ce qui concerne le rôle de la société-mère dans la constitution de sa filiale. Il y a

(1) HÉMARD, *op. cit.*, n° 273.

(2) PIC, n° 974 ; HOUFIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 755 ; HÉMARD, n° 273.

lieu de reprendre successivement chacune des formalités constitutives pour y étudier ce rôle.

A. — RÉDACTION DES STATUTS.

92. — Cette formalité, qui logiquement doit être remplie la première, est l'œuvre d'un ou plusieurs fondateurs de la société en formation : pratiquement, lorsqu'une société-mère entreprend la constitution d'une filiale, ses organes se chargent de préparer un projet de statuts qui est ensuite imprimé et soumis aux souscripteurs éventuels (1) ; la société-mère rédige ces statuts comme bon lui semble ; elle est à peu près certaine, si l'affaire est sérieuse, de trouver le nombre de souscripteurs nécessaire ; même, il arrivera souvent que ces souscripteurs connaissant le lien de filiation entre les deux sociétés, s'engageront sans avoir pris connaissance du projet de statuts de la filiale ; et leur souscription sera parfois antérieure à la date de l'acte de société (2).

S'il s'agit d'une entreprise de grande envergure, dont la société-fondateur ne sera qu'un actionnaire important, sans avoir à elle seule la majorité du capital social, on procédera le plus souvent d'une manière un peu différente : les statuts de la nouvelle société seront l'œuvre d'un comité de fondateurs qui en discuteront les termes ; ils seront, en général, signés de chacun de ces fondateurs, ainsi que des apporteurs en nature, quoique

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 612.

(2) Paris, 6 avril 1854 (*J. Trib. comm.*, 1854-196) ; PIC, n° 861 ; ARTHUYS, n° 319.

la signature de tous les fondateurs ne soit pas absolument nécessaire (1).

B. — SOUSCRIPTION INTÉGRALE DU CAPITAL SOCIAL.

93. Filiale constituée sans souscription publique. —

La souscription est le fait de la part d'une personne physique ou morale de se porter preneur d'actions payables en espèces.

Pour réaliser la souscription intégrale exigée par l'article premier § 2 de la loi 1867, plusieurs procédés peuvent être employés : si la société à constituer doit être une filiale placée sous la dépendance absolue de la société-fondateur, il sera très facile à celle-ci de trouver le nombre minimum de souscripteurs ; il en sera de même si la nouvelle société doit avoir tous ses titres répartis, au moins à l'origine, entre un petit nombre de fondateurs : c'est notamment le cas des sociétés constituées par plusieurs autres sociétés qui se réservent et se répartissent ses actions ; c'est encore le cas des sociétés constituées entre banquiers membres d'un syndicat d'émission de prise ferme ; la société se constitue alors entre fondateurs, sans souscription publique. Cela ne dispense pas les fondateurs de l'accomplissement des formes relatives à la constitution du capital social : souscription intégrale, versement du quart sur chaque action ; mais la jurisprudence les dispense des autres formes, en admettant que celles-ci ont pour but la protection des souscripteurs contre les fondateurs, ce qui

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 616 ; PIC, n° 858.

est contestable (1) ; malgré le silence des textes, ce procédé est certainement valable (2).

94. Filiale constituée par souscription publique ; syndicats d'émission. — Mais, le plus souvent, il faut chercher des souscripteurs en dehors de la personne des fondateurs : on ouvre alors une souscription publique, et les fondateurs font généralement appel au concours d'un banquier qui se charge de la publicité nécessaire. Comme la banque en question est presque toujours elle-même une société par actions, on voit apparaître ainsi une troisième société, qui joue le rôle d'intermédiaire dans la création de la seconde par la première. Ce n'est pas tout : très souvent, les fondateurs se groupent avec plusieurs banquiers pour constituer un *syndicat d'émission* des titres de la société nouvelle.

Nous n'avons pas à étudier la constitution, le fonctionnement, ni la responsabilité des syndicats d'émission : ces questions ont fait l'objet de travaux approfondis (3). Contentons-nous de rappeler que la validité de ces syndicats est aujourd'hui reconnue par tout le monde (4), bien qu'aucun texte ne les réglemente ; ils

(1) LYON-CAEN et RENAULT, n° 724 ; — Req., 26 avril 1880, S. 81-1-15.

(2) T. comm. Seine, 23 janvier 1924, D. H., 21-346. En Italie, ce procédé est réglementé par l'article 128 du Code de commerce (*costituzione simultanea*) ; il est également prévu par la loi allemande, et aussi par le Code de commerce argentin (art. 319). — Cf. A. FASSE, Soc. anonymes, dans la République Argentine, p. 23 (*Thèse Paris, 1923*) ; comp. E. THALLER, *Réforme de la loi sur les soc. par actions*, p. 14.

(3) V. surtout THALLER, *Ann. dr. comm.*, 1911-83, et *Rapp. au Congrès de Bruxelles*, II, p. 14 ; PIC, n° 848 ; HOUPIN et BOSVIEUX, n° 625 ; FURET, J. S., 1921-49 ; LE ROY, CHASSERIAU, J. TCHERNOFF, *Droit pénal financier*, n° 488 et suiv.

(4) Paris, 6 janvier 1927, *Rec. jur. soc.*, 1927-185. — Paris, 7 décembre 1926, R. P. T. C. S., 1927-71 ; S. 1927-2-69, note H. ROUSSEAU.

rendent des services incontestables en permettant la formation de sociétés qui, sans eux, ne trouveraient pas le nombre de souscripteurs voulu ; les abus qu'ils dissimulent parfois ne doivent pas en faire condamner le principe.

Ces syndicats peuvent revêtir des formes économiques assez variées : le syndicat peut se borner à jouer entre les fondateurs et le public un simple rôle d'intermédiaire : ce rôle s'analyse juridiquement en un contrat de mandat salarié, plutôt qu'en un contrat de commission (1).

Le syndicat peut, en second lieu, souscrire ferme et écouler ensuite dans le public avec prime, les actions émises (syndicat de prise ferme) ; les membres du syndicat sont les actionnaires primitifs, auxquels sont applicables les formes de la loi de 1867 ; les acquéreurs de titres sont leurs cessionnaires.

Enfin, le syndicat peut cumuler les rôles de souscripteur et d'intermédiaire ; en ce cas, il s'engage vis-à-vis de la société, à placer ses titres, et à souscrire éventuellement ceux de ces titres, qui n'auraient pas été placés (syndicat de garantie).

La variété des buts poursuivis par les syndicats d'émission fait deviner la difficulté qu'on éprouve à les

(1) En effet, d'après une opinion accréditée, le commissionnaire doit agir en son nom propre ; ici le syndicat intermédiaire ne s'oblige pas personnellement ; au reste, il paraît plus exact de ne considérer comme commission que le mandat salarié de faire un acte de commerce, et on ne voit pas bien quel serait ici cet acte de commerce ; même si l'on adopte la théorie de Thaller, d'après laquelle la commission se caractérise par la « nature de l'objet que le mandataire a reçu ordre de traiter » (n° 1114), l'opération n'est pas une commission, car l'action n'est pas, avant la constitution définitive de la société, « une valeur comprise dans le mouvement de la circulation, tel qu'il est régi par le droit commercial ».

ranger dans une catégorie juridique bien déterminée.

Pourtant, le plus souvent, ils présentent les caractères d'une association en participation (1) : société occulte, représentée par un ou plusieurs gérants qui sont seuls connus des tiers ; de plus, la société est ordinairement conclue pour un temps très limité, et, quoique ce caractère ait perdu beaucoup de son intérêt depuis que la loi du 24 juin 1921 a défini la participation, il n'en reste pas moins un caractère de fait commun à la plupart des sociétés en participation.

Mais le syndicat d'émission pourrait fort bien se constituer en société commerciale ordinaire ; s'il ne le fait guère, c'est parce que les avantages que confère la personnalité morale ne compensent que rarement pour lui le paiement des droits d'enregistrement et l'accomplissement des formalités de publicité nécessaires pour la constitution d'une société, même d'une société par intérêt.

C. — VERSEMENT DU QUART SUR CHAQUE ACTION DE NUMÉRAIRE (ART. 1^{er} § 2, ART. 24 LOI 67) ; LIBÉRATION INTÉGRALE DES ACTIONS D'APPORT (ART. 3 § 2, LOI 1867).

95. — Ces formalités sont accomplies par la société actionnaire tout comme elles le seraient par une personne physique. Le versement sur les actions de numéraire a lieu en espèces. On doit toutefois signaler l'importance toute particulière que prend ici le procédé de versement par virement de comptes en banque. Il

(1) Cf. en Italie : Trib. Modène, 7 juin 1925 *Riv. dir. comm.*, 1926-2-53.

arrive très souvent, surtout quand la société à constituer est une filiale de la société qui souscrit des actions de numéraire, que ces deux sociétés aient le même banquier. Exiger de la part de la société actionnaire un retrait de fonds pour faire un dépôt au guichet voisin, ce serait, comme le dit avec raison Thaller (1), « une pure comédie ». Le banquier qui a en caisse assez d'espèces disponibles passe au crédit de la société en formation la somme dont il débite la société-souscripteur. Si, plus tard, la société ne se forme pas, soit que l'idée en ait été abandonnée par les fondateurs, soit que les formalités n'aient pas pu être remplies, il suffit de faire un virement de comptes en sens inverse du premier : on peut considérer que les souscriptions sont anéanties rétroactivement par la non-constitution de la société (2).

D. — DÉCLARATION NOTARIÉE DE SOUSCRIPTION ET DE VERSEMENT (ART. 1^{er} § 3 ET 4; ART. 24, LOI 24 JUILLET 1867).

96. — Cette déclaration est signée par le gérant statutaire dans les sociétés en commandite par actions, et par tous les fondateurs dans les sociétés anonymes (article 1^{er} § 3; article 24, loi 24 juillet 1867). On y annexe une liste nominative des souscripteurs et du nombre d'actions souscrites par chacun d'eux et en outre une expédition des statuts, si l'acte de société est notarié, ou un double, s'il est sous seing privé (art. 1^{er} § 4; art. 24, loi du 24 juillet 1867).

(1) THALLER, n° 523.

(2) En ce sens : LAGOUR, n° 435 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, n° 676 ; comp. THALLER, n° 525, et PIC, n° 910 ; — Rouen, 4 janvier 1911, Pal., 6 mai 1911 (1911-1-515).

Nous n'avons pas à revenir sur la définition des fondateurs : nous avons essayé de déterminer en quels cas une société peut être considérée comme fondateur d'une autre société ; nous nous bornons à renvoyer aux explications que nous avons données à ce propos (nos 76 et 77).

La société-fondateur se fait représenter à la déclaration notariée par un de ses administrateurs spécialement délégué à cet effet ; cet administrateur doit être muni d'une procuration elle-même notariée ; il est, en effet, de principe que le mandat doit être donné dans la forme prescrite pour l'acte qu'il donne pouvoir d'accomplir. La Chambre civile a récemment cassé un arrêt de la Cour d'Amiens qui méconnaissait ce principe (1) : la Société des chaux et ciments Portland artificiels de l'Aisne avait été constituée par deux fondateurs dont l'un était la Société continentale de Banque et d'industrie ; celle-ci avait donné mandat sous seing privé à l'un de ses administrateurs pour la représenter à la déclaration notariée de souscription et versement ; la Cour de cassation exige un mandat authentique, même si l'administrateur avait reçu, comme c'était le cas, pouvoir statutaire de représenter la société dans tous les actes de la vie sociale, notamment dans la constitution d'une autre société.

(1) Civ. cass., 30 octobre 1928, *D. H.*, 1928, 575 (Sté des chaux et ciments Portland artificiels de l'Aisne) ; cf. LYON-CAEN, n° 586 ; THALLER, n° 353 : l'exception apportée par la loi du 1^{er} août 1893 pour l'acte de société donnant pouvoir au gérant de constituer hypothèque sur les immeubles sociaux doit être interprétée restrictivement.

E. — VÉRIFICATION DES APPORTS EN NATURE
ET DES AVANTAGES PARTICULIERS.

97. Détermination des apports et avantages soumis à la vérification. — L'article 4 de la loi de 1867 prescrit à peine de nullité la vérification, par deux assemblées générales constitutives, des apports en nature et des avantages particuliers.

Cet article définit *l'apport en nature* : tout apport qui ne consiste pas en numéraire.

L'avantage particulier, c'est tout droit statutaire sur les bénéfices sociaux consenti à une ou plusieurs personnes qui font ou non partie de la société (1). Certains auteurs étendent la notion d'avantage particulier à toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité entre actionnaires, même si elle n'est pas prélevée sur les bénéfices sociaux (2); ils considèrent, par exemple, comme un avantage particulier la commission payée à un banquier ou à un syndicat d'émission; mais, si la Cour de Bordeaux a autrefois parlé de « profits, prélèvements, avantages quelconques rompant l'équilibre entre associés », la Cour de Paris a décidé sous l'empire de la loi de 1867, que le droit qui n'implique aucun prélèvement sur le capital social, ni sur les bénéfices sociaux n'est pas un avantage particulier (3). D'autre part, il n'y a pas de raison sérieuse

(1) HÉMARD, *op. cit.*, n° 256.

(2) BOSVIEUX, *J. S.*, 1927-65; PERCEBOU, *Des Fondateurs. Thèse Dijon*, 1895, p. 160; BOURCART, *J. S.*, 1923-436; H. MAZEAUD, *Vote privilégié. Thèse*, 1924, p. 144; FLOUCAUD-PENARDILLE, p. 219.

(3) Bordeaux, 20 nov. 1865, *S.* 1866-2-119; Paris, 27 juin 1888, *J. S.*, 1890-443.

de restreindre la notion d'avantage particulier aux personnes qui font partie de la société (1) ; un avantage particulier pourrait fort bien être consenti à des tiers, et présenter néanmoins un danger qui justifie la vérification imposée par l'article 4.

Lorsqu'une société-mère apporte en nature des biens à sa filiale, ces biens seront soumis à une vérification dans les termes de l'article 4. Il en sera de même lorsque la société-mère se fera consentir, en raison de son rôle dans la constitution de la filiale, des parts bénéficiaires ou tous autres droits statutaires sur les bénéfices de cette filiale ; mais on doit écarter, selon nous, la nécessité de cette vérification, quand la société-mère stipule à son profit la création d'actions à droit de vote privilégié, car ce serait étendre la notion d'avantage particulier à des droits autres que ceux conférés sur les bénéfices sociaux.

98. Rôle de la société-mère, de ses administrateurs et de ses actionnaires dans la vérification de ses apports en nature et de ses avantages particuliers. — Cette procédure de vérification comporte la tenue de deux assemblées : la première est une assemblée préparatoire, qui ordonne les mesures de vérification et d'instruction qu'elle juge utiles ; la seconde statue sur rapport tenu à la disposition des souscripteurs cinq jours au moins avant sa réunion (art. 4 § 3).

Par application de l'article 4 § 5, la société-mère, qui apporte en nature ou stipule des avantages particuliers, n'a pas voix délibérative ; et cela même si elle a en

(1) Comme le font HOUPIN et BOSVIEUX, n° 705 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 708 ; ARTHUYS, n° 346.

même temps souscrit des actions de numéraire (1) ; elle peut voter sur les apports des autres apporteurs en nature, s'il y en a, mais pas sur les siens ; la jurisprudence admet aujourd'hui avec raison qu'un souscripteur ordinaire ne peut même pas donner mandat à l'apporteur en nature de voter pour lui : l'opposition d'intérêts existant entre mandat et mandataire vicie le mandat et le vote de l'apporteur en nature constitue un danger non seulement pour le mandant, mais pour tous les autres souscripteurs (2).

Le vote par la société-mère sur ses propres apports ou sur les avantages particuliers qu'elle stipule n'aurait pas en lui-même pour effet de provoquer la nullité de la délibération, et, par suite, la nullité de la société filiale : il devrait seulement être retranché dans le calcul du quorum et de la majorité ; il n'y aurait nullité de la délibération que si, déduction faite de ce vote, on ne pouvait atteindre le quorum et la double majorité prévus par la loi.

L'interdiction pour la société-mère de voter sur la vérification de ses apports en nature ou de ses avantages particuliers n'empêche pas de laisser voter les associés de cette société-mère qui auraient souscrit en leur nom personnel des actions de la filiale. Toute prohibition doit être entendue de façon stricte ; au surplus, si on

(1) Angers, 27 juillet 1887, *J. S.*, 88-386 ; Paris, 9 mai 1904, *J. S.*, 1905-84 ; Req., 31 déc. 1906, *D. P.*, 08-1-513, note PERCELOU ; S. 1901-1-137, note WAHL. Comp. la solution inverse admise dans les assemblées ordinaires, où les administrateurs votent quitus de leur gestion : Civ., 27 juillet 1881, S. 83-1-337, et Civ., 29 juillet 1925, S. 25-1-241, note LYON-CAEN ; *D. P.*, 26-1-17, note CHÉRON.

(2) Req., 31 déc. 1906 précité ; HOUPIER et BOSVIEUX, n° 740 ; BOURCART, p. 179 ; PIC, n° 941 a ; HÉMAR, n° 270 ; la jurisprudence antérieure était en sens contraire : Civ., 20 janvier 1892, *D. P.*, S. 92-1-229, S. 92-1-260 ; WAHL, *J. S.*, 1905-146.

empêchait ces associés de voter, on arriverait parfois difficilement à composer les assemblées de vérification. On peut, en effet, supposer qu'une filiale soit constituée presque uniquement par la société-mère et des associés de celle-ci. Ces associés ne peuvent pas être considérés à ce titre comme copropriétaires par indivis des apports en nature faits par la société-mère dont ils sont membres ; ils ne peuvent donc pas bénéficier de la dispense de vérification prévue par l'article 4, dernier alinéa, de la loi de 1867 : une vérification est nécessaire, et, si on empêche le vote, on n'arrivera pas à constituer la filiale. Sans doute, les administrateurs ou les actionnaires de la société-mère qui ont souscrit des actions de la filiale en leur nom personnel ont bien un intérêt indirect à la majoration de l'apport en nature fait par la société-mère : mais cet intérêt ne suffit pas à prohiber leur vote en l'absence de disposition légale formelle.

MM. Houpin et Bosvieux proposent d'interdire le vote non seulement aux administrateurs de la société-apporteur, « qui ont réglé eux-mêmes les conditions de l'apport au nom et dans l'intérêt de cette société », mais encore aux simples actionnaires qui sont à la fois actionnaires de la société-mère et de la filiale (1) ; cette solution rigoureuse serait peut-être recommandable en législation, mais elle ne nous paraît pas être conforme aux textes actuels ; elle est écartée par la plupart des décisions judiciaires (2) ; on doit permettre le vote, non seulement aux actionnaires, mais aussi aux administra-

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 741, et aussi ROUSSEAU, 5^e éd., n° 1873 ; HOUPIN, *J. S.*, 1896-65 ; Req., 5 novembre 1895, *R. S.*, 1896-55. — Comp. COPPER-ROYER, I, p. 213.

(2) V. notamment Req., 5 novembre 1895, *D. P.* 1-113, note THALLER.

teurs de la société-apporteur ; toute distinction entre les actionnaires et les administrateurs serait arbitraire ; les uns comme les autres ont un intérêt, mais un intérêt indirect seulement, à l'approbation des apports.

99. Procédés imaginés par la pratique pour éviter la procédure de vérification : transformation d'une société par intérêt en société anonyme. — La règle de l'article 4 est impérative : les apporteurs en nature ne peuvent s'y soustraire, sauf au cas spécial où cette société a été formée entre ceux seulement qui étaient propriétaires par indivis de cet apport en nature (art. 4, dernier alinéa, loi du 24 juillet 1867). La société qui fait l'apport en nature peut chercher à profiter de cette dispense exceptionnelle de vérification : par exemple, une société-mère crée une filiale par apports en nature ; pour éviter les formalités de vérification, et permettre une majoration d'apport, elle s'adjoint plusieurs tiers complaisants avec lesquels elle forme une société en nom collectif ; puis elle transforme cette société en nom collectif en société anonyme : comme la transformation de société, ou la constitution de société par les seuls membres d'une société préexistante bénéficie de la dispense de vérification (1), la société-mère espère majorer impunément son apport, puis se procurer, après constitution de la filiale sous la forme anonyme, le capital nécessaire à celle-ci pour l'émission d'obligations (2) ; elle pourrait même penser remettre des actions d'apport aux obligataires qui deviendraient ainsi des actionnaires sans

(1) MATHIEU et BOURGUIGNAT, p. 327 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 718 ; PIC, n° 952 ; LACOUR, n° 450.

(2) Cf. HOUPIŒ et BOSVIEUX, n° 723 ; HÉMARŒ, n° 255.

avoir souscrit ni apporté ; mais cette remise d'actions d'apport, même indépendamment de la règle de l'article 3, alinéa 3, qui prohibe la négociation d'actions d'apport dans les deux ans qui suivent la constitution de la société, serait nulle comme ayant été faite pour tourner les règles constitutives établies par la loi.

Quant à l'idée de constituer d'abord une société en nom collectif, puis de la transformer en société anonyme, elle n'est pas en elle-même contraire à la loi ; mais s'il est démontré qu'elle a pour but unique d'éluder la règle de l'article 4, le procédé devient illicite : pratiquement, il est assez facile de prouver la fraude, par la réunion d'éléments de fait, tels que la transformation rapide de la société en nom collectif en société anonyme, et l'absence d'intérêt des associés à prendre ce détour, sinon pour permettre la majoration des apports ; en pareil cas, la société est nulle pour infraction à la règle de l'article 4.

100. Suite. Apport déguisé sous la forme d'une vente.

— La filiale peut encore être nulle si l'apport en nature fait par la société-mère est déguisé sous la forme d'une vente : si le tarif proportionnel d'enregistrement est plus favorable aux apports qu'aux ventes, cet avantage peut parfois être inférieur à celui que procure la dispense de vérification quand l'apport est déguisé sous forme de vente : la société-mère souscrit des actions de la filiale, elle ne fait pas le versement légal, et prétend compenser avec le prix d'une vente qu'elle fait à la filiale, aussitôt après la constitution de celle-ci ; en ce cas, la filiale est nulle pour défaut de versement du quart sur les actions souscrites ; au contraire, si la

société-mère a versé le quart et prétend seulement compenser le prix de vente et le solde restant à verser sur les actions qu'elle a souscrites, l'opération en elle-même est régulière. Elle pourrait seulement être annulée si les circonstances de la cause prouvaient que la prétendue division de l'opération en souscription et vente est simulée, et qu'il y a eu un véritable apport en nature non vérifié. Mais, en règle générale, les parties sont libres de décomposer l'opération en une souscription régulière, suivie d'une vente régulière après constitution définitive de la société. Il y a là une lacune dans notre loi (1) : la procédure de vérification des apports en nature, malgré le soin avec lequel elle est réglementée, est parfois une mesure de protection illusoire ; la tendance moderne de la législation est de la remplacer par des moyens plus simples et plus efficaces, par exemple, la loi du 7 mars 1925 (art. 8) institue une responsabilité solidaire, au cas de majoration des apports en nature, sans imposer la vérification de ceux-ci. Quoi qu'il en soit, la combinaison que nous venons de signaler est susceptible de se présenter assez souvent dans la pratique ; elle permet des fraudes au détriment des autres actionnaires et des tiers. Ces fraudes seraient bien plus fréquentes encore si l'on admettait avec certains auteurs la possibilité de consentir une vente à une société non encore constituée, avec stipulation que cette vente deviendra définitive par le seul fait de la constitution de la société ; le Tribunal de la Seine

(1) Cf. également en Italie : C. VIVANTE, n° 445, note 44 (vente après versement légal des 3/10). En Allemagne, le § 207 du *H. G. B.* exige un vote de l'Assemblée pour l'achat d'immeubles dont la valeur dépasse le 1/10 du capital, dans les 2 ans de la transcription.

a condamné cette vente et sa solution doit être approuvée (1); il y a toutes raisons de croire que même en l'absence de cette jurisprudence, on pourrait annuler la vente consentie avant constitution de la société, dont le prix viendrait, en totalité ou en partie, compenser le solde non versé d'actions souscrites, car les deux actes juridiques seraient si voisins l'un de l'autre qu'il en résulterait une présomption de fait pour le déguisement d'un apport en nature non vérifié.

On peut regretter, en vertu des mêmes considérations, que la loi n'édicte pas une présomption de déguisement pour toutes les ventes consenties à une société dans la période qui suit immédiatement la constitution de celle-ci : en droit, de telles ventes sont valables ; si la preuve de la simulation ne résulte pas clairement de l'examen des faits, on ne peut pas attaquer ce qui est un véritable apport en nature non vérifié, et souvent majoré ; la pratique révèle un emploi courant de ces fraudes (2) : elles sont d'autant plus avantageuses pour l'apporteur que celui-ci n'est même pas obligé de souscrire auparavant des actions de numéraire dont il verse le quart ; il peut attendre la constitution de la société, et vendre à un prix exagéré ce qu'il aurait dû apporter ; il a ainsi un prix dont il peut disposer, tandis que les actions d'apport qu'il aurait eues seraient restées pendant deux ans attachées à la souche. Si l'apporteur a souscrit des actions de numéraire, la fraude, pour être à craindre, sera tout de même moins fréquente, parce

(1) Seine, 12 déc. 1892, *J. S.*, 93-108 ; — Seine, 27 mars 1893, *J. S.*, 94-53 ; — Un arrêt de Paris, 23 juillet 1894, *J. S.*, 95-211, infirme ces jugements, mais pour des raisons qui n'atteignent pas la solution indiquée au texte ; G. HOUPIX, *J. S.*, 95-193.

(2) Req., 3 déc. 1925, *R. S.*, 1926-15 ; *Réc. jur. soc.*, 1926-127.

qu'il y aura eu versement du quart, et que la compensation établie entre les trois autres quarts et le prix de vente aura pour effet de déposséder le vendeur des biens qu'il apporte en le libérant d'une somme qu'il n'aurait peut-être jamais eue à verser. Il n'en est pas moins vrai que la société-mère dont la situation est embarrassée peut largement user de ces fraudes, et qu'une bonne législation des sociétés par actions devrait prévoir le cas des ventes consenties à une société qui vient à peine de se constituer (1).

F. — CONSTITUTION DÉFINITIVE DE LA SOCIÉTÉ.

101. — La société en commandite par actions est définitivement constituée par l'accomplissement des formalités ci-dessus étudiées ; mais, avant toute opération sociale, l'assemblée générale des actionnaires doit nommer un conseil de surveillance composé de trois membres au moins (art. 5, loi de 1867). Cela revient à dire qu'en réalité la société n'est constituée qu'après nomination de ce conseil de surveillance, puisque le défaut d'accomplissement de cette formalité est sanctionné par la nullité de la société (art. 7). Ce conseil de surveillance vérifie immédiatement la sincérité de la déclaration notariée de souscription et versement faite par le gérant (art. 6).

Pour la société anonyme, les premiers administrateurs sont désignés soit par les statuts, pour 3 ans au maximum, soit par l'assemblée générale des actionnaires, pour 6 ans au maximum ; en ce dernier cas, c'est la

(1) LÉOUZON LE DUC, *Rev. pol. et parl.*, 10 août 1909, 251.

seconde assemblée constitutive chargée de statuer sur l'approbation des apports en nature et avantages particuliers qui procède à cette nomination des administrateurs ; c'est encore elle qui vérifie la sincérité de la déclaration notariée de souscription, et versement faite par les fondateurs (art. 25) si la première assemblée a omis de le faire. S'il n'y a pas d'apports en nature ou d'avantages particuliers sujets à vérification, la même assemblée vérifie la déclaration notariée et nomme les premiers administrateurs. En outre, et dans tous les cas, l'assemblée qui nomme les administrateurs désigne aussi les commissaires de surveillance pour la première année.

Pratiquement, lorsqu'une société-mère fonde une filiale sous la forme anonyme, elle se réserve souvent dans les statuts un siège au conseil d'administration ; rien ne s'oppose même à ce que les statuts désignent parmi les administrateurs plusieurs personnes qui sont elles-mêmes administrateurs ou actionnaires de la société-mère ; celle-ci s'assure ainsi un rôle important au cours du fonctionnement de la filiale qu'elle a contribué à former. Nous verrons que cette institution de la société-administrateur est d'une application courante. De même, au cas de filiale constituée en commandite par actions, la société-mère se fait en général désigner comme gérant statutaire : sa position est alors d'autant plus forte que dans le silence des statuts, ce gérant est irrévocable, sauf cause légitime appréciée par les tribunaux, et sauf décision de l'assemblée générale extraordinaire, mais, en ce second cas, seulement pour les sociétés constituées depuis la loi du 22 novembre 1913.

CHAPITRE II

Des sociétés ayant pour objet de préparer ou de faciliter la constitution d'autres sociétés.

102. Différents types de ces sociétés. Importance des sociétés d'études. — La pratique offre de nombreux exemples de sociétés dont l'objet principal, sinon unique, est de préparer ou de faciliter la constitution d'autres sociétés. Nous avons jusqu'ici envisagé le cas d'une société-mère qui crée des filiales pour des raisons qui peuvent être très variées, mais dont l'objet n'est pas cette création. Or, il existe des sociétés dont le seul but est de favoriser cette création. Tantôt ce sont de puissants organismes financiers qui aident les promoteurs d'affaires à trouver le crédit dont ils ont besoin, tantôt, au contraire, il s'agit de groupements éphémères qui se forment seulement pour précéder ou pour favoriser la création d'une société par actions. Nous n'avons pas à nous attarder ici sur les sociétés du premier type : ce sont les *Banques d'affaires*, dont l'étude relève plutôt du domaine de la science économique que de celui du présent travail.

Nous voudrions, au contraire, insister quelque peu sur

ces sociétés à durée généralement très limitée, qui n'ont en vue que la création d'une autre société : il se pose à leur propos des questions juridiques délicates, quant à leur nature et quant à leur liquidation. Nous en avons déjà rencontré un exemple dans les *Syndicats d'émission* constitués entre fondateurs ou banquiers ; mais il est rare, avons-nous constaté, que de pareils syndicats réunissent les éléments d'un contrat de société autre qu'une association en participation (1). Nous abordons ici l'examen d'une autre sorte de groupement, qui joue lui aussi un rôle essentiel dans la constitution des sociétés par actions : très souvent, en effet, avant d'entreprendre cette constitution, il faut, pour se rendre compte des chances de succès de l'affaire, demander le concours d'ingénieurs spécialistes, faire des travaux de prospection ; cette besogne préliminaire exige une mise de capitaux : les fondateurs de la future société par actions se groupent et forment une *société d'études*, qui sera destinée à disparaître quand l'entreprise sera définitivement constituée. C'est de ces sociétés d'études qu'il va être désormais question.

103. Définition de la société d'études ; son caractère provisoire. — La société d'études est un groupement dont l'objet est de préparer la constitution d'une société civile ou commerciale, de rechercher les conditions économiques dans lesquelles l'entreprise pourra fonctionner, et d'obtenir, s'il y a lieu, les concessions, les brevets, les promesses de contrats qui seront nécessaires (2).

(1) V. ci-dessus n° 94.

(2) Nous limitons ainsi le domaine un peu vague qu'on assigne souvent à la société d'études ; nous ne retenons pas ici les prétendues so-

La société d'études peut précéder de plusieurs années l'accomplissement des premières formalités constitutives de la société à créer : il faut tout d'abord, avant de décider la fondation d'une société par actions, être certain que l'affaire a quelques chances de prospérer. On ne peut pas dire que la durée de la société d'études coïncide avec celle de la période constitutive de la société par actions. En général, on place le début de la période constitutive à la date de la rédaction du projet de statuts ; si les souscriptions précèdent cette rédaction ou si les fondateurs ne sont pas actionnaires, il convient de placer le point de départ de la période constitutive au jour de la première souscription (1).

Généralement, la société d'études aura fonctionné bien avant la rédaction des statuts ou la date de la première souscription.

Inversement, la période constitutive de la société anonyme a pour date de clôture l'acceptation de leurs fonctions par les administrateurs et les commissaires de surveillance qu'a nommés la seconde assemblée constitutive (article 25 loi 24 juillet 1867). La société d'études au contraire ne prend pas fin à une date bien déterminée : sans doute, sa dissolution précède ou suit presque toujours de très près la clôture de la période constitutive ; mais il arrive que la société d'études ait rempli son

ciétés d'études qui ont pour objet le perfectionnement de l'outillage, la diminution des frais généraux des sociétés contractantes ; ce sont là de simples conventions d'entente entre sociétés, il n'est pas question de créer de société nouvelle ; leurs formes juridiques sont très variées, et on peut leur appliquer les considérations que nous développons à propos des groupements de sociétés ; v. *infra*, livre III ; — comp. A. WAHL, *J. S.*, 1906-50.

(1) P. LESCOT, Période constitutive des Personnes morales de droit privé. *Thèse Dijon*, 1913, p. 67.

but avant la constitution définitive de la société par actions, ou bien encore qu'elle continue quelque temps encore à fonctionner après cette constitution (1).

Il n'en reste pas moins que la société d'études est un groupement provisoire, destiné à favoriser la constitution d'une société par actions; c'est à ce titre que son étude trouve place dans ces développements.

SECTION I.

Nature juridique des sociétés d'études.

104. Nature juridique de la « société d'études » ; c'est bien une société. — Nous ne devons retenir, parmi les sociétés d'études, que celles qui revêtent une des formes de sociétés civiles ou commerciales réglementées par la loi. Or, on peut discuter leur nature juridique. En particulier, il est permis d'hésiter entre la forme de l'association, celle de la société en participation, et celle d'une société ordinaire.

La société d'études, peut-on dire, n'est pas une société parce qu'il lui manque un élément essentiel du contrat de société, le « but de partager les bénéfices qui pourront en résulter ». En effet, comme cette « société d'études » est toute provisoire et ne fait que préparer une société véritable, il n'y aura certainement pas à la dissolution du groupement d'études de partage de béné-

(1) On peut même considérer dans une certaine mesure que les fondateurs qui composaient la société d'études continuent à s'associer, mais alors dans un but tout différent, et forment le groupement appelé, d'ailleurs à tort, société civile de parts bénéficiaires (loi du 25 janvier 1929).

fices proprement dit (1). Aussi bien, lorsque des fondateurs obtiennent une concession d'exploitation de chemins de fer d'intérêt général, et qu'ils la rétrocèdent à une société anonyme, ils ne peuvent exiger aucun avantage particulier, et doivent se contenter du remboursement de leurs avances (article 2, loi 15 juillet 1845 sur le chemin de fer de Paris à la Belgique).

Si l'on admet ce point de vue, la « société d'études » est une véritable *association* soumise au régime de la loi de 1901 (2). Mais la base en est bien fragile, car on ne peut pas dire que les personnes groupées pour étudier les conditions dans lesquelles pourra se créer une certaine entreprise poursuivent un but désintéressé : la disposition restrictive, en matière de concession de chemins de fer, ne s'étend pas aux autres concessions de travaux publics (3) ; et le plus souvent, les membres de la société d'études stipulent à leur profit des avantages particuliers lors de la création de la nouvelle société. Nous sommes donc bien en présence d'une véritable société : au moyen des apports consistant soit en numéraire, soit surtout en industrie, la société d'études obtient des brevets, des concessions, des baux qu'elle transmet ensuite à la société nouvelle moyennant des

(1) Cela sous réserve des sens qu'il convient d'attribuer aux mots : partage de bénéfices. Mais surtout si on considère, avec une partie de la doctrine, que le groupement constitué en vue d'éviter des pertes est une association et non pas une société (A. WAHL, *J. S.*, 1906-5) ; en réalité, comme le montre cet auteur, le fait de chercher à diminuer les dépenses, de rechercher un procédé de perfectionnement de l'outillage est bien une recherche de bénéfices, ce n'est pas vouloir éviter une perte, et l'argument se retourne contre ceux qui l'emploient en faveur de la forme association.

(2) Sur la distinction de la société et de l'association : H. HAYEM, *Thèse Paris*, 1907, et P. KATSER, *Thèse Nancy*, 1928.

(3) BOSVIEUX, *J. S.*, 1913-6 ; P. LESCOT, *op. cit.*, p. 120.

avantages consentis à ses membres ; il y a bien là les éléments du contrat de société.

105. *Forme de cette société.* — Cette société peut être civile ou commerciale, selon son objet (réserve faite de l'hypothèse où elle se constituerait par actions — loi 1^{er} août 1893 — ou en société à responsabilité limitée — article 2, loi 7 mars 1925 — auxquels cas elle serait nécessairement commerciale). Si son objet est l'obtention de concession en vue de les céder à la société nouvelle, une fois constituée, on peut soutenir, comme l'a fait le Tribunal de commerce de Saint-Étienne, que l'objet est civil et que la société est civile (1), parce que les opérations qu'elle accomplit ne rentrent pas dans le cadre de celles prévues par les articles 632 et 633 du Code de commerce. Mais M. Wahl observe très justement que la portée de ces articles a été fort élargie par la jurisprudence, et qu'en particulier, la formule « achat de denrées et marchandises pour les revendre » peut aujourd'hui être remplacée par : « acquisition d'un droit mobilier quelconque en vue d'en tirer un profit pécuniaire (2) ». On peut donc tenir une pareille société pour commerciale par son objet, et traiter en général toutes les sociétés d'études comme des sociétés commerciales ; il n'en serait autrement que si la société d'études avait pour objet principal l'obtention de concessions en vue de les exploiter elle-même et accessoirement de les céder à des sociétés fictives. Mais alors une pareille entreprise ne répondrait plus à notre définition de la société d'études.

(1) Trib. comm. Saint-Étienne, 25 mars 1902, *J. S.*, 1903-202.

(2) WAHL, *J. S.*, 1906-100 ; LYON-CAEN et RENAULT, I, n° 104.

Beaucoup de sociétés d'études semblent présenter les caractères de l'*association en participation*. Tout d'abord, la société d'études est une société à durée très limitée : avant 1921, ce caractère passait dans une partie de la doctrine pour fondamental ; aujourd'hui, il garde une simple valeur de fait, puisque l'article 49 nouveau du Code de commerce définit l'association en participation, sans en tenir compte.

Mais surtout la société d'études a rarement besoin de s'extérioriser, d'être pourvue de la personnalité morale. Les futurs fondateurs de la société d'études ne tiennent pas toujours à se révéler aux yeux des tiers ; on choisit un gérant qui agit en son nom personnel ; un pareil procédé est d'autant plus commode qu'il n'exige pas la constitution d'un fonds social, ni la réalisation d'un apport par chaque participant (1).

Mais le caractère occulte de la participation comporte des inconvénients pour la société d'études ; les tiers ne savent pas qui est derrière le gérant, celui-ci peut ne pas leur inspirer toute confiance ; s'il y a procès, il peut être dangereux de laisser tout le sort de l'affaire aux mains de ce gérant. Si la société d'études doit avoir une durée un peu longue, si son but est très étendu, il sera prudent de la constituer sous forme de société ordinaire : une simple imprudence du gérant, qui démasque ses coparticipants, suffit à transformer la participation en une société en nom collectif qui sera nulle pour défaut de publicité (2).

(1) THALLER, n° 479 ; BONNECASE, *Ann. dr. comm.*, 1908-51.

(2) HÉMARD, *op. cit.*, n° 185, et les références citées ; v. notamment : Orléans, 3 juillet 1908, *J. S.*, 1910-30 ; Alger, 10 nov. 1908, *J. S.*, 10-65 ; v. aussi ARTHUYS, I, n° 305.

Il est cependant assez rare qu'une société d'études se constitue dès le début sous la forme d'une société ordinaire : on ne sait pas quelles sont les chances de réussite, on veut éviter à l'origine les frais d'enregistrement que nécessite la constitution d'une société régulière. On procède alors à un simple échange de lettres entre associés. Quand les fondateurs se groupent en une société d'études, et quand ils veulent lui donner une forme régulière, ils choisissent de préférence la forme en nom collectif ; ils écartent la forme anonyme ou en commandite par actions ; depuis 1925, la société à responsabilité limitée leur fournit un moule commode qui n'exige pas de longues formalités ; mais, dès que les apports ont quelque importance, les tarifs fiscaux font éviter la constitution d'une société régulière.

106. Sociétés d'études créées de fait. — Aussi voit-on très souvent se créer entre fondateurs des sociétés d'études qui sont de véritables *sociétés de fait* : ce sont des sociétés ordinaires auxquelles manquent à la fois la rédaction d'un écrit et la publicité légale, ou seulement la seconde de ces conditions. Plusieurs personnes physiques ou morales obtiennent un permis de recherches ; elles l'exploitent en commun, mais sans constituer de société régulière ; si la prospection donne de bons résultats, ces personnes sollicitent une concession de mines et commencent des travaux : une société de fait a fonctionné en attendant la constitution de la société par actions (1). Cette société de fait peut elle-même être civile ou commerciale, selon l'objet de son

(1) Lyon, 27 mai 1903. *R. S.*, 1904-161.

exploitation ; elle peut être une société en participation, si elle présente un caractère occulte et n'est pas rédigée par écrit ; elle est une société en nom collectif si, malgré son objet commercial et son existence aux yeux des tiers, elle n'est ni rédigée par écrit, ni publiée conformément à la loi (1). La doctrine donne à cette sorte de société le nom de « société créée de fait », pour l'opposer aux sociétés de fait qui sont des sociétés de droit dégénérées (2).

La jurisprudence a parfois traité les sociétés créées de fait comme de simples indivisions ; en particulier, la jurisprudence fiscale traite la cession de droits sociaux dans une société créée de fait non pas comme une cession de part sociale, mais comme une vente de droits indivis dans les biens composant le fonds social (3) ; même au point de vue purement commercial, cette opinion a été souvent défendue, notamment en Belgique (4). Mais une pareille théorie force le sens traditionnel du mot indivision, que les Romains définissaient *res communiter gesta* (5), par opposition à la société, qui suppose *animus contrahendæ societatis* (6) : la société d'études, même créée de fait, est une véritable société.

Il faut donc, pour déterminer le régime des sociétés d'études créées de fait, s'en référer à la théorie générale

(1) Elle peut même être une société en commandite simple « s'il résulte des faits que quelques associés n'ont voulu être que commanditaires ». MALEPEYRE et JOURDAN, p. 277.

(2) HÉMARD, *op. cit.*, n° 150 ; G. BOURCART, S. 1918-1-76 ; HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 142 et 611.

(3) Req., 18 juin 1862, S. 62-1-878 ; Seine, 23 mars 1907. J. Enreg., 1907-621.

(4) NYSSENS et CORBIAU, I, n° 421 ; RESTEAU, IV, n° 2022 ; SCHICKS, R. P. S. B., 1893-241.

(5) *Dig.*, II, 23-17.

(6) *Dig.*, XVII-2, *pro socio* 31 et 32 (ULP.).

des sociétés de fait : on doit décider en principe que ces sociétés non publiées empruntent la forme sous laquelle elles se présentent aux tiers ; comme elles sont en général des sociétés en nom collectif, elles ont l'autonomie patrimoniale sans avoir été ni constatées par écrit, ni publiées (1).

Les règles de preuve sont celles de toutes les sociétés ; en matière commerciale, on admet la preuve par témoin ou par présomption ; en matière civile, les associés sont soumis aux règles des articles 1341 et suivants du Code civil ; mais les tiers peuvent recourir à tous moyens de preuve.

107. **Fonctionnement des sociétés d'études.** — Le fonctionnement des sociétés d'études ne paraît pas soulever de difficultés bien considérables : ces sociétés, si elles sont créées de fait, fonctionnent en principe comme des sociétés régulières, réserve faite du droit de chacun des associés d'en demander à tout moment la dissolution ; même dans les sociétés constituées régulièrement, il est rare, nous l'avons vu, qu'un terme statutaire soit fixé : on se borne à préciser que l'objet est la création de telle société par actions ; quand cet objet est rempli, la société d'études se dissout.

SECTION II.

Liquidation et transfert du patrimoine de la société d'études à la société nouvelle.

108. **Position des problèmes soulevés ; analogie avec la fusion par annexion.** — Au cours de son fonc-

(1) J. HÉMAR, *op. cit.*, n° 162-164 ; n° 389.

tionnement, la société d'études acquiert des immeubles, des concessions, des brevets, des promesses de ventes ou de baux ; elle a contracté des engagements : c'est tout un patrimoine qu'il faut liquider à sa dissolution. Comme elle n'est qu'une société préparatoire, c'est la société par actions dont elle a permis la constitution qui recueille ce patrimoine : au lieu de procéder à une liquidation, puis à un partage entre associés, on préfère transmettre en bloc à la société nouvelle, moyennant des avantages consentis aux membres de la société d'études. Ce transfert fait naître plusieurs problèmes ; il faut tout d'abord se demander quel est le caractère du contrat de transfert, c'est-à-dire déterminer quand il sera une vente et quand il sera un apport à la société nouvelle, et ensuite rechercher quelle sera, en chaque hypothèse, la situation de la société nouvelle, des associés de la société d'études, et des tiers. Ces deux questions sont intimement liées ; car la situation des intéressés, principalement des créanciers de la société d'études, varie selon qu'on est en présence d'un apport ou d'une vente.

On ne peut qu'être frappé de l'analogie qui existe entre le cas d'un apport global à la société nouvelle et celui d'une *fusion par annexion* : la société d'études se dissout, apporte en masse son patrimoine à la société nouvellement constituée, à peu près comme au cas de fusion par annexion la société annexée apporte tout son patrimoine à la société absorbante.

Si la société nouvelle n'a pas encore commencé à fonctionner, si en d'autres termes la dissolution de la société d'études est contemporaine de la constitution définitive de la nouvelle société, on pourrait même sou-

tenir que celle-ci n'est que le résultat d'une *transformation* de la société d'études (1) : de société créée de fait, ou de société de personnes, elle se transformerait en société anonyme en observant les règles de la loi de 1867. Mais ce serait un peu déformer le sens du mot transformation : en effet, la transformation est la conversion d'une société d'un type légal déterminé en une société d'un autre type légal ; on admet qu'elle peut avoir pour effet de substituer à l'ancienne société une société nouvelle, quand les statuts ne la prévoient pas (2) ; mais encore faut-il que cette nouvelle société soit la continuation de l'autre, sinon ce n'est pas une société transformée, c'en est une toute différente. Or ici la société d'études n'est pas même un embryon de la société à constituer, elle n'a pour but que de favoriser cette constitution, on ne peut donc pas dire qu'elle se transforme et que de cette transformation naît la société par actions.

On ne peut donc pas faire appel aux règles relatives à la transformation des sociétés pour déterminer le mode de transmission des biens de la société d'études à la société nouvelle.

Entre la transmission du patrimoine de la société d'études et la situation produite par la fusion par annexion, il y a une grande analogie, mais cette analogie

(1) Comp. A. WAHL, *J. S.*, 1910-107 : la transformation ne serait, d'après cet auteur, qu'une variété de fusion, ce qui permettrait d'étendre à la transformation d'une société la règle posée par la loi de 1902, relativement à la négociabilité des actions d'apport au cas de fusion.

(2) LACOUR, *J. S.* 1913-153 ; THALLER, *D. P.*, 93-1-113 ; HOUPIX et BOSSVIEUX, n° 978 ; — Req., 12 mars 88, *D. P.*, 88-1-407 ; Civ., 11 avril 1905. S. 1906-1-361, note WAHL ; A. WAHL, *J. S.*, 1910-97. En Belgique : GUILLERY, II, n° 521.

n'autorise pas une assimilation complète ; en effet, pour qu'il y eût absorption de la société d'études par la société par actions, il faudrait que celle-ci fonctionnât déjà au moment de la dissolution de la société d'études, le patrimoine absorbé donnerait lieu à une attribution d'actions moyennant les formes de l'augmentation de capital social.

Or le plus souvent, il n'en est rien ; la société anonyme en voie de formation a besoin de voir se dissoudre la société d'études pour commencer à fonctionner ; de plus, les membres de la société d'études, ou certains d'entre eux, stipulent très souvent à leur profit des avantages particuliers ; ces avantages particuliers étant soumis à la procédure de vérification prévue par l'article 5 de la loi de 1867, on ne peut pas dire que la société nouvelle, non constituée légalement, absorbe l'ancienne. Il est donc difficile d'appliquer à la transmission du patrimoine de la société d'études toutes les règles de la fusion, en particulier le régime de faveur prévu par la loi fiscale du 19 mars 1928 (article 25) pour les fusions de sociétés (1).

Il n'en est pas moins vrai que pratiquement les deux situations sont très voisines, et qu'on pourra parfois recourir par analogie aux règles de la fusion par annexion.

Quel est donc le caractère juridique du transfert opéré par la société d'études à la société nouvelle ? Il peut y avoir vente universelle, ou apport global ; ces deux modes de liquidation peuvent à leur tour comporter le transfert de l'actif seul, ou bien le transfert de l'actif et du passif.

(1) Cf. E. TASSAIN, *J. S.*, 1928-321 et suiv.

109. Situation des créanciers de la société d'études liquidée par apport global à la société nouvelle. — Quand il y a *transfert de l'actif seul*, la société anonyme nouvelle n'est tenue d'aucune des dettes contractées par la société d'études ; mais le liquidateur de la société d'études doit ou bien se réserver l'actif nécessaire au paiement des dettes sociales, ou bien commencer par désintéresser les créanciers sociaux avant de répartir le prix de l'aliénation entre les membres de la société d'études ; s'il y a apport global moyennant l'attribution d'actions, il pourra, à moins de stipulation contraire, offrir ces actions en paiement aux créanciers. Si ceux-ci les refusent, il devra en aliéner le nombre nécessaire pour payer les créanciers en espèces. Il est, en effet, de principe que, lorsqu'une société en liquidation transmet son actif à une autre société, elle ne peut distraire quoi que ce soit de cet actif avant libération de son passif (1).

Quand il y a transfert de tout l'actif sans déduction des sommes nécessaires pour désintéresser les créanciers, on doit considérer que la nouvelle société a pris à sa charge tout le passif, en même temps qu'elle a recueilli tout l'actif : la société nouvelle est un successeur à titre universel, elle est tenue des dettes (2). Pourtant, des arrêts ont décidé que la société nouvelle ne saurait être tenue sans s'y être formellement engagée (3), cela

(1) Paris, 24 juin 1884, *R. S.*, 84-496 ; Seine, 15 janvier 1885, *R. S.* 85-360 ; ROUSSEAU, n° 3456.

(2) Civ., 2 février 1865, *D. P.* 65-1-360 ; Paris, 9 novembre 1883, *J. S.* 84-14.

(3) Lyon, 28 février 1907, *D. P.*, 1913-2-265, note PIC ; Paris, 23 janvier 1912, *D. P.*, 1913-2-217 ; note PALMADE et S. 1912-2-297, note A. WAHL ; PIC, n° 1451.

bien entendu sous réserve du droit pour les créanciers d'agir en révocation de l'apport fait en fraude de leurs droits. Mais il semble que les arrêts et les auteurs qui se sont rangés à cette opinion aient eu en vue le cas de vente globale, plutôt que celui d'apport; ils introduisent ainsi une différence importante entre les deux modes de transmission, différence qui s'ajoute à celles qui résultent de l'analyse juridique que nous allons avoir à en faire (1). Cette différence est contestable : on comprend assez mal que la situation des créanciers de la société dissoute ne soit pas la même, quel que soit le mode de transmission globale adopté. Mais la société nouvelle prend le plus souvent à sa charge le passif de la société d'études, même au cas de vente globale; les créanciers de la société d'études sont alors placés dans la même situation; au cas de vente ou d'apport, la société dissoute leur délègue la société nouvelle; comme la novation par changement de débiteur ne se présume pas, la délégation sera imparfaite, sauf convention contraire; en particulier, si la société d'études empruntait la forme en nom collectif, les créanciers conservent action contre chacun des membres de la société d'études dissoute.

Au reste, dans la pratique, la liquidation de la société d'études est souvent très simple, car les associés de la société d'études sont la plupart du temps aussi les fondateurs de la société nouvelle, dont ils possèdent un nombre important d'actions : les statuts de la société nouvelle sont l'œuvre de quelques-uns des membres de la société dissoute, la transmission

(1) La distinction est nettement posée dans la note de M. PALMADE, *D. P.*, 1913-2-217.

globale du patrimoine est réglée ainsi sans difficultés (1).

109 *bis*. Cas où la société d'études se fait rémunérer par l'attribution de parts de fondateur. — Le projet de statuts de la société nouvelle prévoit ordinairement l'attribution d'avantages particuliers à certains membres de la société d'études ; les démarches entreprises par ces membres sont souvent rémunérées par des parts de fondateur de la société nouvelle ; le tout est soumis à la délibération des assemblées constitutives conformément à l'article 4 de la loi de 1867. Les parts de fondateur sont, aujourd'hui, réglementées par la loi récente du 23 janvier 1929. Cette loi, qui comble utilement une lacune de notre législation, ne contient pas de dispositions fiscales sur les parts bénéficiaires : en pratique, on continuera à évaluer les parts bénéficiaires à prix très bas, pour diminuer les charges fiscales. On peut même avoir l'idée d'attribuer aux biens apportés par la société d'études une valeur infime, quand ces biens sont d'une évaluation difficile ou contestable (par exemple, pour les brevets et les concessions) : il n'est alors créé qu'un petit nombre d'actions d'apport en représentation de ces apports en nature ; mais par contre, les gérants de la société d'études, qui pratiquement rédigent les statuts de la société nouvelle, stipulent l'attribution de parts bénéficiaires au profit des membres de la société d'études : ces parts de fondateur sont évaluées à un prix très bas ; le fisc ne peut protester que si les apports en nature ont été fausse-

(1) Pour le cas où il y aurait stipulation pour autrui au profit de la société nouvelle, voir n° 112.

ment évalués à un prix dérisoire ; mais, quand les biens transmis sont d'une valeur incertaine, les fondateurs trouvent par ce procédé le moyen de diminuer d'une façon appréciable les droits à percevoir lors du transfert des biens de la société d'études à la société nouvelle.

110. Distinction de la vente et de l'apport global : intérêts de cette distinction. — Il n'est pas toujours facile de déterminer quels transferts sont des ventes et quels transferts sont des apports. En principe, on doit considérer comme apport toute transmission de biens moyennant attribution d'actions d'apport ou de parts de fondateur, c'est-à-dire de titres soumis aux risques sociaux (1). Au contraire, doit être qualifié vente tout transfert de biens moyennant un prix fixé en espèces. Plusieurs intérêts sont attachés à cette distinction :

a) L'apport est fait avant la constitution définitive de la société, la vente n'est possible qu'après cette constitution (2) ;

b) L'apport est soumis à la vérification prévue par l'article 4 de la loi de 1867 ; la vente ne l'est pas ;

c) La vente donne à la société qui vend le privilège des articles 2102 et 2103 Code civil ; l'apport ne comporte aucun privilège ;

d) Les droits fiscaux à percevoir ne sont pas les mêmes dans les deux cas : le régime fiscal est devenu identique en matière de transcription depuis que la loi

(1) WAHL, S. 1910-1-321 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, 6^e éd., n^o 692.

(2) Seine, 12 décembre 1892, *J. S.* 93.108 ; Seine, 27 mars 93, *J. S.* 94-53 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, n^o 720 ; comp. THALLER, n^o 532 ; LESCOT, *op. cit.*, p. 263, et Paris, 23 juillet 1894 ; *J. S.* 85-211.

de finances du 13 juillet 1911 a rendu obligatoire la perception du droit de transcription au moment où l'acte de société est enregistré, et depuis que la loi de finances du 29 juin 1918 a assujetti les apports à un droit proportionnel. Mais la différence subsiste pour le taux des droits proportionnels d'enregistrement : la vente immobilière donne lieu à la perception d'un droit proportionnel de 15 0/0 sans décimes, plus la taxe de première mutation (7 0/0) (article 271 § 20 du décret de codification des droits d'enregistrement (28 décembre 1926) ; la vente mobilière est grevée d'un droit proportionnel de 6,6 0/0, décimes compris. Au contraire, l'apport en société est seulement grevé d'un droit proportionnel de 3 0/0, double décime compris (art. 271 § 13-4° décr. cod. ; art. 40, loi 14 juillet 1925) plus le droit de transcription de 2 0/0 pour les apports immobiliers. Il en résulte un avantage appréciable pour les apporteurs.

Au cas d'apport-vente, c'est-à-dire de transfert moyennant une partie du prix payable en espèces, une partie rémunérée en actions ou en parts bénéficiaires, on décompose l'opération : on fait produire à la vente les effets de la vente, à l'apport, ceux de l'apport ; toutefois, on l'autorise avant la constitution définitive de la société, on la soumet à vérification, et à ces deux points de vue, on la considère uniquement comme un apport (1).

Quand la société d'études désire se faire attribuer, en représentation partielle de son apport global, une certaine somme d'argent, ou des parts de fondateur, ou

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 696 ; *contra* : WAHL, S. 1901-1-321.

des obligations, pour éviter de décomposer ainsi l'opération, et de soumettre aux tarifs proportionnels de la vente la partie des biens non payée en actions, elle peut se faire attribuer, au lieu de numéraire, des actions de priorité ayant droit à un dividende fixe et au remboursement du capital avant les actions ordinaires ; une telle combinaison n'a rien d'irrégulier, c'est un apport véritable, avec toutes les conséquences que comporte cette qualification (1).

111. Ventes déguisées sous la forme d'apports. — Pour déterminer s'il y a vente ou apport, on ne s'attache, bien entendu, pas uniquement à la qualification donnée par les parties : la société apporteur peut avoir intérêt, tantôt à faire passer un apport pour une vente, pour échapper à la procédure de vérification de l'article 4 (2), tantôt à qualifier d'apport une véritable vente, pour bénéficier du taux de faveur établi par le fisc pour les apports en société. La Chambre des Requêtes pose en principe qu'il y a vente « si la société d'études n'a pas exclusivement stipulé en échange de ses apports la jouissance de certains droits sociaux restant exposés aux chances de gains ou de pertes de l'entreprise », et « en l'absence de toute réserve ou clause permettant de supposer que la société d'études stipulant pour autrui aurait agi, en réalité, pour le compte d'une société future (3) ». On doit en conclure que la vente dissimulée sous la forme d'un apport est nulle quand elle

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 393.

(2) Ex. Req., 3 déc. 1925, *Rec. jur. soc.*, 1926-127 (Fauchenal c/ Legros).

(3) Req., 18 janvier 1924. *Rev. dr. banc.*, 1924-431 ; Cf. aussi Orléans, 11 mai 1882, *R. S.* 83-27.

est antérieure à la constitution de la société par actions. Cette conséquence est toutefois écartée par plusieurs auteurs qui valident cette vente quand les biens qui en font l'objet ont été soumis à la vérification prescrite par l'article 4 pour les apports en nature, ou tout au moins à la délibération d'une seule assemblée constitutive statuant comme assemblée ordinaire avec ordre du jour spécial dans l'avis de convocation (1). Mais cette opinion doit être écartée : l'article 4 ne vise que la vérification des apports en nature et avantages particuliers ; on ne peut arbitrairement l'étendre au cas de vente consentie pendant la période constitutive. Quant à la possibilité de convoquer une assemblée pour approuver cette vente, elle est fort contestable : en effet, pendant la période constitutive, on peut bien admettre que la société soit pourvue de ce que Thaller appelle la « personnalité interne » ; il peut s'établir au cours de cette période des liens d'obligation entre telle personne physique ou morale et le « groupe des souscripteurs (2) » ; mais il y aurait de graves inconvénients à permettre la conclusion définitive de contrats translatifs de propriété avant la constitution de la société ; on comprendrait mal que la société une fois constituée fût définitivement liée par des « actes de gestion extraordinaires », sous le prétexte qu'une assemblée les aurait approuvés ; avant constitution de la société, on doit s'en tenir aux assemblées prévues et réglementées par la loi ; la ratification d'un achat global ne peut être que postérieure à la constitution de la société (3). Nous

(1) THALLER, n° 532 ; PIC, n° 923, et J. S. 1914, 15.

(2) THALLER, n° 501.

(3) En ce sens : HOUPIN et BOSVIEUX, n° 762.

ne connaissons pas en France de disposition protectrice analogue à la description analytique des biens faisant l'objet de la vente, que prescrit la loi anglaise : il faut éviter de charger dès sa naissance une société par des conventions qui n'ont pas été soigneusement pesées.

112. Interprétations juridiques destinées à éviter les droits fiscaux de la vente : stipulation pour autrui, gestion d'affaires ; critique. — On pourrait songer, tout en admettant l'impossibilité de dissimuler une vente sous la forme d'un apport, à échapper aux droits fiscaux de mutation, et cela en raisonnant de la manière suivante : la société d'études n'a pas d'autre but que de favoriser la constitution d'une société par actions ; donc, tous les biens qu'elle acquiert, tous les contrats qu'elle conclut sont destinés à passer au compte de la société nouvelle ; il est évident que le gérant de la société d'études a entendu réserver à la société en formation le bénéfice des actes juridiques qu'il a passés ; dès lors, la transmission réalisée à la dissolution de la société d'études n'est pas une vente, même si elle a lieu moyennant la remise d'un prix en espèces : il y a eu dès l'origine *stipulation pour autrui* ; la société d'études a joué le rôle de stipulant, la société future celui de tiers bénéficiaire, les personnes avec qui la société d'études a contracté, le rôle de promettants.

Une telle interprétation paraît être en harmonie avec les tendances de la jurisprudence, qui, sous la réserve de la prohibition de l'assurance sur la vie au profit des enfants nés ou à naître, admet la validité de la stipulation au profit d'une personne future. Mais cette théorie

déforme la notion de stipulation pour autrui : la stipulation pour autrui n'est pas une opération d'ordre économique bien précisée ; c'est un moule technique, qui explique avec commodité la naissance directe d'un droit au profit d'une personne (tiers bénéficiaire) à l'encontre d'une autre (promettant) par le fait d'un stipulant qui seul a contracté avec le promettant. Mais ce n'est là qu'une explication technique, qui convient à beaucoup d'opérations économiques, et qu'on a tendance à employer, à cause de sa commodité, un peu plus que de raison ; elle laisse subsister derrière elle des rapports juridiques, entre stipulant et promettant, entre stipulant et tiers bénéficiaire ; spécialement, en notre cas, elle n'empêche pas qu'il y ait un transfert réalisé par la société d'études à la société nouvelle, transfert qui, selon les cas, consiste dans un apport ou dans une vente ; au surplus, s'il y avait eu seulement stipulation de la part du gérant de la société d'études au profit de la société future, la simple déclaration de celle-ci suffirait à lui faire acquérir les biens en question, on n'aurait pas à attendre la dissolution de la société d'études. Enfin, il resterait encore la transmission des biens propres à la société d'études, pour laquelle l'explication ne vaudrait pas : si l'on peut, à la rigueur, admettre qu'on ait stipulé pour le compte de la société nouvelle le bénéfice de concessions, par exemple, on ne peut pas effacer le transfert des immeubles, et des biens dont la société d'études avait besoin pour elle-même.

En réalité, quand on prétend invoquer cette idée de stipulation pour autrui, on pense souvent à l'opération concrète de la *gestion d'affaires* ; on semble croire que la société d'études a joué le rôle de gérant d'affaires de-

la société nouvelle. Mais cette opinion, pas plus que la précédente, ne rend pas toujours un compte exact du transfert réalisé : en effet, on peut admettre que la société d'études joue le rôle d'un gérant d'affaires de la société à constituer quand elle obtient des concessions ou des promesses de contrats (1) : on admet, en effet, la validité de la gestion d'affaire au profit d'une personne future (2) ; en ce cas, l'effet rétroactif de la ratification fait remonter au jour de la promesse de contrat ou de concession le droit de la société nouvelle ; mais, quand la société d'études transmet des biens dont elle se servait personnellement, ce transfert est nécessairement soit une vente, soit un apport, et il ne dépend pas des parties de lui conférer arbitrairement l'une ou l'autre de ces qualifications.

(1) Et encore faut-il que ce rôle de gérant d'affaires ressorte nettement des termes du contrat : sinon, la société d'études est présumée stipuler en son nom personnel ; R. DEMOGUE, *R. T. D. C.*, 1924-1902.

(2) R. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, III, n° 27.

TITRE III

DE L'INTERVENTION D'UNE SOCIÉTÉ DANS LE FONCTIONNEMENT D'UNE AUTRE SO- CIÉTÉ

113. Modalités de cette intervention. — Toute société qui souscrit des actions d'une autre société est intéressée à la bonne gestion de cette seconde société ; elle a accès aux assemblées générales de celle-ci. Mais il est rare que la société participante borne là son rôle : elle ne se contente pas souvent de l'attitude passive des petits actionnaires qui gardent des titres en portefeuille sans autre souci que d'attendre l'échéance des coupons ; elle ne cherche pas non plus à faire de la spéculation en Bourse. Elle veut se réserver un rôle actif dans le fonctionnement de l'entreprise à laquelle elle s'intéresse.

Aussi bien, quand une société-mère crée une filiale, a-t-elle en vue d'autres buts que l'attribution d'avantages particuliers tels que des parts de fondateur ou que la jouissance des droits pécuniaires attachés aux actions. Elle doit, pour répondre aux besoins d'ordre économique qui ont suscité cette création de filiale, agir, et d'une façon prépondérante, sur le fonctionnement de cette filiale.

C'est ici qu'apparaît clairement le second caractère

que nous avons assigné aux filiales : leur lien de subordination à l'égard de la société-mère. Cette subordination résulte déjà, sans aucun doute, du rôle primordial joué par la société-mère dans la constitution de sa filiale ; elle est encore beaucoup plus nette lorsqu'on démonte les rouages du mécanisme de la filiale.

Tout d'abord, cette action de la société-mère se porte sur l'organisme fondamental chargé de la gestion de la société filiale : la société-mère se fait nommer ou bien fait nommer des personnes de son choix, comme gérantes de la filiale, si celle-ci est une société civile, en nom collectif, en commandite ou à responsabilité limitée ; elle se fait représenter au conseil d'administration de sa filiale constituée en société anonyme ; elle cherche même à en être administrateur délégué, ou président du conseil d'administration.

En second lieu, pour faire la loi au sein de sa filiale, il faut qu'elle s'assure une majorité dans les assemblées générales ; elle doit enfin se protéger, pour rester l'âme de sa filiale, contre l'envahissement éventuel de tiers qui chercheraient à s'introduire dans les assemblées de cette filiale.

Nous aurons donc à étudier successivement les trois points suivants, qui feront l'objet de trois chapitres différents :

CHAPITRE PREMIER. — Société gérant ou administrateur d'une autre société.

CHAPITRE II. — Intervention d'une société dans les assemblées générales d'une autre société.

CHAPITRE III. — Des moyens dont peut user une société pour se protéger contre l'envahissement d'une autre société.

CHAPITRE PREMIER

Société « gérant » ou « administrateur » d'une autre société.

114. Utilité. — Bien que les statuts enferment ordinairement dans des limites précises les pouvoirs des gérants ou des administrateurs, ceux-ci ont un rôle extrêmement étendu : on a depuis longtemps dénoncé, surtout dans les sociétés anonymes, la passivité des actionnaires qui se contentent de renouveler aux assemblées ordinaires les pouvoirs et les autorisations aux membres du Conseil d'administration ; ceux-ci ont, en fait, sinon en droit, fréquemment la maîtrise de la société (1). Dans les sociétés par intérêt, à responsabilité limitée ou en commandite par actions, les gérants ont une position d'autant plus forte que très souvent,

(1) Ils votent eux-mêmes, dans les assemblées, sur l'approbation de leur gestion : leur intérêt personnel qui est parfois contraire à celui de la société ne les en empêche pas. — Civ., 27 juillet 1881-S 1883-1-337 ; Civ., 29 juillet 1925-S. 1925-1-241, note LYON-CAEN ; *D. P.*, 1926-1-17, note A. CHÉRON ; *J. S.*, 1925-468. — Comp. la jurispr. antérieure Trib. comm. Seine, 17 nov. 1891, *J. S.* 1892-323 et Paris, 19 février 1897, *S.* 99-2-186. Et même, leurs actions de garantie peuvent être des actions à droit de vote privilégié, ce qui augmente encore leur poids dans les délibérations ; Cf. ESCARRA, *Ann.*, 1927-11. Mais il reste possible d'annuler les votes obtenus par les administrateurs sur le fondement de l'abus du droit, ou du détournement du pouvoirs. Cf. R. DAVIN, n° 65.

ils sont désignés par les statuts, et qu'ils ne sont pas révocables au gré de leurs mandants (1).

Il est donc très important pour la société-mère d'avoir un rôle dans la gérance ou dans l'administration de sa filiale. Pratiquement, il lui est facile de se ménager ce rôle lors de son intervention dans la confection des statuts, ou dans la constitution définitive de la filiale si celle-ci est une société anonyme (ci-dessus n° 101).

Si l'on est en présence d'une filiale dont les associés sont uniquement des sociétés, la désignation d'une société comme gérant ou administrateur n'a plus seulement une utilité pratique : elle devient une nécessité juridique ; on sait, en effet, que l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 exige que les administrateurs de la société anonyme soient pris parmi les associés ; quant aux gérants des sociétés par intérêt, en commandite par actions ou à responsabilité limitée, s'ils peuvent être des personnes non associées, il faut reconnaître qu'une pratique recommandable les choisit presque toujours parmi les associés.

SECTION I

Solutions théoriques du problème de la participation d'une société-mère à la gestion ou à l'administration de sa filiale.

115. A. Les fonctions de gérant ou d'administrateur

(1) Dans la société à responsabilité limitée, il s'ajoute encore aux avantages ci-dessus une exemption fiscale au profit des gérants : « L'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers édicté par l'article 1^{er} de la loi du 29 juin 1872, par l'article 31 de la loi du 29 mars 1914 et par l'article 50 de la loi du 25 juin 1920 ne s'applique pas aux dividendes, intérêts, arrérages et autres produits revenant aux gérants. » Art. 42, loi du 7 mars 1925.

de la filiale sont remplies par des associés de la société-mère. — On peut tout d'abord penser résoudre le problème de la participation d'une société à la gestion ou à l'administration d'une société dont elle est membre par un expédient à première vue commode : pour éviter les difficultés juridiques que soulèverait la désignation de la société-mère en tant qu'être moral comme administrateur ou gérant d'une autre société, on pourrait, semble-t-il, permettre à cette société de désigner un ou plusieurs de ses membres qui assumeraient en leur nom propre la qualité de gérants ou d'administrateurs de la filiale (1). Les personnes désignées ainsi par la société-mère le seraient en leur qualité d'actionnaires importants, ou d'associés de celle-ci : à ce titre, ils défendraient de leur mieux les intérêts de la société participante. C'est là, peut-on croire, un procédé plus simple, et plus normal, que la désignation de la société-mère elle-même, en tant que personne morale. Ajoutons qu'aux yeux du public mal informé de la composition des conseils d'administration, la société-mère se dévoile moins que si elle se faisait elle-même nommer administrateur ; disons même qu'elle se compromet moins, car, si la filiale n'a pas une situation financière très solide, il vaut mieux que la société-mère ne figure pas sous sa dénomination au conseil d'administration de sa filiale : le public est prompt à accuser les administrateurs, et à lier le sort financier de la société administrée et de la société administrateur (2).

(1) *Ann. dr. comm.*, 1905-97.

(2) Aussi le procédé indiqué au texte conserve-t-il, malgré les inconvénients qui vont être signalés, quelques partisans parmi les hommes d'affaires ; certaines banques parisiennes ne se font pas représenter

116. Inconvénients de ce procédé : inconvénients pratiques. — Ce procédé, malgré son apparente simplicité, soulève des objections qui doivent faire hésiter à l'employer : en premier lieu, à supposer qu'il ne heurte aucun principe juridique, sa pratique ne peut pas satisfaire pleinement les sociétés qui désirent être représentées au conseil d'administration de leurs filiales ; quel que soit le soin que l'on apporte, en effet, au choix des administrateurs, ce sont ceux-ci personnellement qui administreront la filiale ou la supersociété, sans avoir de comptes à rendre à la société participante. Ce sont eux qui personnellement toucheront les tantièmes des administrateurs (1) ; s'ils sont en même temps administrateurs de la société participante, ils prélèveront une seconde fois des tantièmes, lors de la répartition aux actionnaires de cette société, des dividendes distribués par la seconde société : il y a là une double perception injustifiée, comparable à la double imposition que réalisait le Trésor public avant la loi du 31 juillet 1920 (2) ; c'est ce qu'on appelle parfois la « cascade des tantièmes (3) » : c'est un abus inévitable si l'on veut nommer administrateurs de la filiale ou de la société de sociétés, des personnes physiques qui soient déjà administrateurs de la société participante.

Et si l'on désigne, au lieu d'administrateurs de cette société participante, de simples actionnaires de celle-ci, l'inconvénient est bien pire : les tantièmes sont touchés

autrement dans le conseil d'administration de leurs filiales régionales (ex. Société générale de Crédit industriel et commercial, avec sa filiale la Société Nancéenne de Crédit).

(1) C. Houpin, *J. S.*, 1901-3-385.

(2) V. *suprà* : la notion de filiale.

(3) Cf. la *Journée Industrielle*, 21 août 1926.

aussi deux fois, par des administrateurs différents il est vrai, mais à propos des mêmes bénéfices ; de plus, il vaut mieux, semble-t-il, choisir pour représenter les intérêts de la société participante dans l'autre société des personnes averties de la pratique des affaires comme le sont les administrateurs, que de simples actionnaires ; enfin, la désignation de ceux-ci comme membres du Conseil d'administration de la filiale, ou de la « société de sociétés », présenterait le grave danger de ne donner aucune garantie à la société participante : que demain ils négocient leurs actions, et rien ne les empêche de le faire, leur lien avec la société dont ils devaient défendre les intérêts s'évanouit, et cette société n'intervient pas dans l'administration de la société dont elle est membre.

117. **Objections d'ordre juridique.** — De plus, l'application de la loi de 1867 à cette hypothèse ne sera pas toujours très facile : on sait que tout administrateur d'une société anonyme doit être propriétaire d'un nombre d'actions déterminé par les statuts (art. 26, loi 24 juillet 1867). Il faudra donc que les personnes choisies pour représenter les intérêts de la société participante soient elles-mêmes actionnaires de la société dont elles vont être administrateurs. En vain, répondrait-on que chacune de ces personnes, en tant qu'actionnaire de la société participante, est, proportionnellement à ses droits dans cette société, propriétaire de l'actif social, dans lequel entrent des actions de la seconde société, et que cette propriété est un titre suffisant pour faire partie du Conseil d'administration de celle-ci (1). Une

(1) *Ann. dr. comm.*, 1905-97.

pareille théorie, outre qu'elle ferait bon marché de la distinction bien assise entre le patrimoine de la personne morale et celui de chacun des associés (1), irait directement à l'encontre de la disposition impérative de l'article 26 de la loi de 1867 : il faut, d'après cet article, que les actions appartenant aux membres du conseil d'administration soient nominatives : comme le fait justement observer M. Wahl (2), il faut donc qu'elles portent le nom des administrateurs, c'est-à-dire que ceux-ci, et non la société dont ils sont membres, soient propriétaires de ces actions.

118. Conclusions sur l'emploi de ce procédé. — Si l'on veut éviter toute difficulté de principe, et atténuer les inconvénients d'ordre pratique signalés plus haut, la société participante devra donc prendre les précautions suivantes :

1° Elle ne devra choisir comme porte-parole au conseil d'administration de la seconde société que des personnes qui sont déjà membres de son propre conseil d'administration : elle se prémunira de cette façon contre le danger qui consisterait dans l'aliénation, par ses actionnaires désignés, de toutes leurs actions, ce qui les détacherait complètement d'elle en la privant de toute représentation dans l'administration de la seconde société ; en effet, ces administrateurs garderont, tout au moins, le nombre statutaire d'actions exigé pour faire partie du conseil d'administration ; et ils auront aussi tout intérêt à défendre au conseil d'admi-

(1) A. WAHL, *J. S.*, 1905-302.

(2) A. WAHL, *loc. cit.*, p. 303.

nistration de la seconde société les intérêts d'une société dont ils sont eux-mêmes déjà administrateurs ;

2° La société participante sera obligée de faire passer sur la tête de ceux de ses administrateurs qu'elle voudra faire désigner la propriété du nombre minimum d'actions exigé par les statuts de la seconde société pour entrer au conseil d'administration de celle-ci ; il faudra procéder à un transfert sur les registres de cette société (1). A l'égard de la société participante, cette opération peut constituer une réduction de capital ; il peut en être ainsi quand la souscription d'actions de la seconde société a été faite au moyen de fonds représentatifs du capital social de la première société ; il faut alors tenir une assemblée extraordinaire selon les conditions de l'article 31 nouveau, § 4 de la loi de 1867. A moins qu'on n'ait pris soin, lors de la constitution de la seconde société, de réserver à certains des administrateurs de la première un nombre suffisant d'actions qu'ils ont souscrites en leur nom personnel.

Malgré toutes ces précautions, les administrateurs figureront dans les deux conseils d'administration en leur nom propre : si, le plus souvent, leur intérêt sera commun avec celui de la première société, ils resteront pourtant indépendants d'elle en tant qu'administrateurs de la seconde : ce sont eux et non la première société, qui auront les avantages et qui supporteront les charges qu'entraîne la participation à l'administration de la seconde.

Si un administrateur décède ou démissionne, son successeur au conseil d'administration de la seconde

(1) Comp. Trib. comm. Lille, 3 décembre 1923, *Rec. jur. soc.*, 24.274.

société sera désigné par l'assemblée générale de cette société ; on pourra alors choisir une personne qui ne fait même pas partie de la société, dont l'administrateur décédé ou démissionnaire était lui-même administrateur. Même sans aller aussi loin, la révocation de l'administrateur par la première société ne lui enlève pas sa fonction dans la seconde, à moins que cette première société ne dispose de la majorité des voix dans la seconde société (v. *infra*) (1).

119. B. Les fonctions de gérant ou d'administrateur sont attribuées à la société-mère en tant que personne morale. — Aussi ce procédé a-t-il tendance à reculer dans la pratique ; c'est un expédient qu'employaient ceux qui hésitaient à innover dans les choses juridiques. Si on en trouve encore de nombreux exemples, on doit constater que les sociétés anonymes l'abandonnent souvent pour se faire nommer elles-mêmes administrateurs en tant que personnes morales.

Dans un domaine voisin, dont l'avenir paraît assuré, la participation de l'État ou des collectivités publiques à des sociétés anonymes a fait naître des difficultés de même ordre (2) : dans les exemples d'« économie mixte » qui ont été déjà organisés soit par voie de disposition législative, soit encore et surtout par voie contractuelle, c'est la collectivité publique elle-même,

(1) A. WAHL, *loc. cit.*, p. 297.

(2) Cette question de l'« Économie mixte » a déjà fait l'objet de travaux excellents ; sans donner une bibliographie complète, il faut citer le texte proposé par la société d'études législatives en 1924 sur le rapport magistral de M. le professeur LOUIS ROLLAND, et les deux volumes de M. PIERRE JOLLY et de M. le professeur ALBERT CHÉRON. Comp. en Italie : RATTO, *Lo Statto banquiere e la Societa anonime pubblica* (*Societa per azioni*, octobre 1922).

en tant que personne juridique, qui a été nommée administrateur. En particulier, dans la « Société nationale de recherches pour le traitement des combustibles », l'État, qui avait fourni moitié du capital, en raison de l'intérêt national attaché à cette entreprise, s'est fait nommer administrateur statutaire, conformément à l'article 25 de la loi de 1867 (1). Dans la Compagnie générale pour la Navigation du Rhin, l'Office national de la Navigation qui, sur mandat de l'État, était intervenu dans la constitution de cette société en 1924, en est également administrateur (2). Le décret du 18 octobre 1923 (3) qui fixe les conditions dans lesquelles l'État sera représenté dans les sociétés concessionnaires d'entreprises hydrauliques (loi du 16 octobre 1919), précise que le représentant de l'État n'est pas tenu d'être personnellement actionnaire, et que l'État supporte les responsabilités civiles de la fonction d'administrateur : s'il laisse à ce représentant, avec la charge éventuelle des responsabilités pénales, les avantages pécuniaires attachés à la qualité d'administrateur, il n'en est pas moins vrai qu'il consacre le principe de l'État-administrateur. Le droit privé présente de nombreux exemples de cette combinaison ; il existe beaucoup de conseils d'administration dont quelques membres, dont parfois tous les membres, sont des sociétés (4).

On s'oriente donc de plus en plus vers la formule

(1) Art. 15 des statuts. Cf. ALB. CHÉRON, *op. cit.*, n° 314.

(2) ALB. CHÉRON, *op. cit.*, n° 324.

(3) J. O., 19 octobre 1923.

(4) Ex. : Conseil d'administration de *Sté lorraine des aciéries de Rombas* ; Cie forges et aciéries de Marine-Homécourt ; Aciéries de France ; Sté des Hauts fourneaux de Pont-à-Mousson ; Sté des aciéries de Micheville ; Mines, Fonderies et Forges d'Alais ; Sté Fives-Lille ; Sté générale de crédit industriel et commercial ; Sté nancéienne, plus

juridique de la personne morale administrateur d'une société. Cette combinaison n'est condamnée par aucun principe essentiel ; on est maintenant d'accord en doctrine et en jurisprudence sur sa possibilité théorique, depuis que M. Wahl a combattu victorieusement, dans un article publié au *Journal des Sociétés* de 1905, toutes les objections qu'elle paraissait soulever jusqu'alors (1).

120. **Discussion théorique.** — A première vue, il semble évident qu'une société peut être nommée administrateur d'une société anonyme, ou gérant d'une société à responsabilité limitée (2) : en effet, la société actionnaire ou associée jouit en qualité d'être moral des mêmes droits que tous autres actionnaires ou associés ; en particulier, de celui d'être désignée par l'assemblée générale ou par les statuts comme administrateur ou gérant dans les conditions légales (3). La proposition peut même être généralisée, car théoriquement toute personne juridique peut, si elle réunit les conditions légales exigées à cet effet, devenir administrateur ou gérant d'une autre personne juridique ; par exemple, une association peut être désignée pour administrer une autre association, et rien n'empêche la

3 personnes physiques. — Conseil d'administration de l'*Union des Consommateurs de produits métallurgiques* : Sté Ariès ; Sté minière et métallurgique des fondeurs de France ; Cie électro-mécanique ; Sté des Établissements Baudet-Donon et Roussel ; Automobiles Berliet ; Forges de Laval-Aulnoye ; Laminiers de la Sambre, Fives-Lille, etc. — Conseil d'administration de la *Sté Lorraine Minière et Métallurgique* : Hauts fourneaux, foyers et usines de la Providence (Sté belge) ; Sté centrale des Banques de province ; Établissements Decauville aîné, etc.

(1) A. WAHL, Une société peut-elle être gérante ou administrateur d'une autre société ? *J. S.*, 1905-289 à 304.

(2) G. DROUETS, *Sociétés à responsabilité limitée* ; 2^e éd. n° 289-3°.

(3) Cf. art. 22, loi 1867. — P. PIC, II, n° 1116.

formation d'« associations d'associations » de même que celle de « sociétés de sociétés (1) ».

Les objections théoriques découlent de l'idée de personnalité morale: assimiler un être abstrait — et cela quelle que soit l'opinion que l'on professe sur la nature véritable de la personnalité morale — à une personne ordinaire pour lui confier l'administration ou la gérance d'une société, c'est, dit-on, jouer sur les mots. Et la critique se précise sous la plume de M. Lacour(2) en deux griefs principaux :

1° La personne morale n'étant pas susceptible d'encourir des responsabilités pénales, on viole la loi de 1867 et éventuellement les textes du Code pénal applicables aux administrateurs de sociétés en choisissant parmi ceux-ci une société ;

2° Les administrateurs sont choisis en raison de leurs qualités personnelles ; or, la société n'en a pas.

121. Réfutation de l'objection fondée sur l'impossibilité pour une personne morale de remplir les fonctions de gérant ou d'administrateur. — Réservons pour l'instant le premier grief, qui paraît sérieux, encore qu'il ne soit pas décisif. Le second peut facilement être réfuté : sans doute, un être moral n'est pas assimilable en tous points à une personne ordinaire ; mais on nomme la société comme administrateur uniquement pour lui assurer en permanence une représentation au conseil d'administration : cette fonction d'administrateur sera

(1) HOUPIŒ et BOSVIEUX, 6^e éd., I, n^o 37 ; TROUILLOT et CHAPSAL, *Associations*, p. 125 ; A. WAHL, *loc. cit.*, p. 291 ; cf. art. 7 et 10, décret 16 août 1901.

(2) LÉON LACOUR, *Précis dr. comm.*, 2^e éd., I, p. 317, n^o 529, note 1.

exercée par ses propres organes, c'est-à-dire, selon les cas, par son conseil d'administration ou par son administrateur-délégué, s'il s'agit d'une société anonyme, par son ou par ses gérants, s'il s'agit d'une société de personnes. Comme le fait observer M. Wahl (1), « tous les actes de gestion que peut accomplir un gérant (ou un administrateur) qui est une personne physique peuvent également être accomplis, sans mandat spécial, par les organes de la société gérante (ou administrateur) ».

Peu important, à ce point de vue, la forme adoptée par la société gérée (ou administrée) et celle adoptée par la société gérante (ou administrateur); puisque cette dernière société agira toujours par ses propres organes, lesquels n'ont aucune incapacité spéciale pour faire au nom de la société, dont ils sont personnellement gérants ou administrateurs, des actes d'administration dans une autre société.

M. Lacour semble bien le reconnaître, car il prend soin de formuler sa critique d'une autre manière qui constitue, en réalité, une autre argumentation: sans doute, dit-il, les organes de la société-gérant ou administrateur exerceront les fonctions attribuées à celle-ci; mais rien n'empêche cette société-gérant ou administrateur de révoquer ses propres organes, et alors, que va-t-il advenir de l'administration de la seconde société? Ou bien, on va changer en cours d'exercice les personnes qui font partie du conseil d'administration de cette seconde société, pour n'y maintenir que celles qui ont la confiance de la société-administrateur qu'ils

(1) *Loc. cit.*, p. 293.

représentent ; ou bien, on va maintenir la composition du conseil d'administration, au risque d'avoir pour représenter la société-administrateur des personnes qui ne sont plus ses organes.

L'objection est spécieuse : il faut, pour que la désignation d'une société comme administrateur conserve son utilité, que cette société soit représentée par des personnes en qui elle ait toute confiance ; il faut donc écarter le second terme du dilemme.

Mais pourquoi refuserait-on à la société-administrateur le droit de révoquer ses représentants au conseil d'administration de la seconde société ? On doit, au contraire, admettre que la désignation d'une société comme administrateur confère à celle-ci le droit absolu de choisir ses délégués comme bon lui semble, et de les révoquer à son gré. Il faut même aller plus loin, et dire qu'il n'est pas nécessaire que la société-administrateur choisisse une fois pour toutes les délégués : ceux-ci peuvent fort bien être choisis uniquement en vue d'assister à une seule séance du conseil d'administration de la seconde société ; ce qui importe, c'est que la société participe effectivement à l'administration qui lui est confiée ; la considération des personnes qui la représenteront est inopérante (1). En principe, c'est le conseil d'administration tout entier de la société-administrateur qui devrait représenter celle-ci à la société administrée : comme on ne peut le faire, on délègue un administrateur, il n'est pas nécessaire que ce soit toujours le même. Les actes de ce délégué sont valables

(1) A. HENRY, Des sociétés de sociétés. *J. S.* 1919-194 ; CH. HOUPIŒ, *J. S.*, 1901-385.

dans les limites de ses pouvoirs d'administration ; il n'y a pas de mandat impératif ; la sanction est la révocation.

On a parfois prétendu fonder l'impossibilité pour une société d'être nommée administrateur ou gérant sur le principe qui défend au gérant d'une société de personnes de se substituer un tiers non associé ; et aux membres du Conseil d'administration pris individuellement de se faire remplacer par un mandataire de leur choix (1) : la société userait de cette délégation prohibée en désignant ses représentants (2). Mais on est depuis longtemps d'accord pour répondre que c'est la société elle-même, en tant que personne morale, qui agit par ses organes ; que ceux-ci peuvent changer, et qu'ils ne sont pas de simples mandataires, mais expriment aux yeux des tiers la volonté de l'être moral qui les désigne : il serait difficile de trouver un cas où apparaisse mieux la distinction théorique de l'organe et du représentant.

On ne doit pas s'attarder davantage devant l'objection qui se base sur la disposition impérative de l'article 26 de la loi de 1867 : que les organes de la société administrateur ne soient pas personnellement actionnaires de la seconde société, peu importe ; ce n'est pas eux, mais la société dont ils sont les organes, qui a été désignée comme administrateur (3). Dans les exemples cités plus haut où l'État est administrateur de sociétés anonymes, on précise que ses délégués n'ont pas besoin

(1) Ces principes sont d'ailleurs contestables ; — Comp. pour le gérant de société civile : Cour Sénégal, 6 juillet 1894 (*Pal.*, 94. 2, suppl. 29) ; pour les membres du conseil d'administration : arg. *a fort.* art. 22, loi 1867.

(2) *Ann. dr. comm.*, 1905-97.

(3) A. WAHL, *loc. cit.*, p. 299.

d'être personnellement actionnaires de ces sociétés anonymes.

Sous quelque aspect qu'on l'envisage, la désignation d'une société comme gérant ou administrateur d'une autre société ne se heurte donc à aucune objection de principe.

122. Réfutation de l'objection fondée sur la prétendue impossibilité d'appliquer au cas envisagé les sanctions pénales de la loi de 1867. — Il ne reste que le premier des griefs formulés par M. Lacour, celui qui se fonde sur l'impossibilité d'appliquer aux sociétés-administrateurs les sanctions pénales de la loi de 1867. Ce n'est pas un obstacle théorique : les sanctions subsistent, on se demande en fait à qui il faut les appliquer ; les dispositions répressives de la loi de 1867 ne sont pas violées, mais elles soulèvent des difficultés matérielles d'application. Or, en examinant bien, d'une part, le but de ces sanctions pénales, et d'autre part, la manière dont on peut les appliquer, en notre hypothèse, on se rend compte facilement que l'objection disparaît, car la loi est appliquée de façon indirecte, il est vrai, mais avec certitude et efficacité.

Tout d'abord, la critique admet comme point de départ incontesté l'irresponsabilité pénale des personnes morales ; si cette base est ébranlée, tout l'édifice s'écroule. Or, sans même chercher dans la doctrine étrangère ou dans l'évolution des idées en matière de personnalité morale des arguments en faveur de la responsabilité pénale des sociétés, il y a en France des auteurs qui se rangent à la doctrine de M. Mestre (1)

(1) ACHILLE MESTRE, La responsabilité pénale des personnes morales,

pour appliquer aux personnes morales les peines pécuniaires; seules les peines privatives de liberté seraient, pour des raisons matérielles, inapplicables à ces personnes morales. Il est bien certain que l'irresponsabilité pénale absolue des personnes morales ne peut se défendre en bonne logique que si l'on reste fidèle au principe qui dénie à l'être moral toute espèce de volonté : avec la thèse dite de la réalité des personnes morales, l'irresponsabilité pénale ne se comprend pas ; l'imputabilité existe dès qu'on reconnaît une volonté collective distincte des volontés individuelles groupées dans la société (1). Mais nous ne cherchons pas à combattre le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales : ce principe est encore aujourd'hui trop bien établi en jurisprudence pour qu'on puisse en faire bon marché (2). Quel que soit le fondement qu'on lui assigne, il ne paraît pas du tout perdre de terrain ; les exceptions apportées par des textes spéciaux ne font que confirmer la règle ; elles sont interprétées restrictivement par les tribunaux répressifs, en vertu de l'adage d'après lequel la loi pénale est d'interprétation stricte (3) ; le Conseil d'Etat condamne les sociétés, en tant que

Thèse Paris, 1899, p. 235 ; l'auteur propose d'appliquer aux personnes morales toutes les peines autres que les travaux forcés, la réclusion, la relégation, la déportation et la prison.

(1) MESTRE, *op. cit.*, p. 244 ; R. SALEILLES, *Personnalité juridique*, 2^e éd., p. 647.

(2) Ex. : Crim. rej., 4 novembre 1898, S. 1901-1-57, note J.-A. Roux ; Alger, 11 février 1899, *R. P. S. B.* 99.188 ; Crim., 7 mars 1918, *D. P.* 21-1-217, note M. NAST ; Crim. rej., 28 mai 1925, *J. S.* 27.647 ; en Belgique : Gand, 6 avril 1898, *R. P. S. B.* 99.151. Cf. en doctrine PIC, II, 1053.

(3) Comme exemples de ces textes : art. 12 et 14, loi 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ; art. 159 C. travail ; art. 35, décret 1^{er} germinal, an XIII (contributions indirectes) ; art. 40, décret 27 juin 1887 (contributions diverses en Algérie).

personnes morales, pour contraventions de grande voirie (1); mais on conteste à ces contraventions le caractère de véritables pénalités (2), et en tout cas, si ce sont des pénalités, la question d'imputabilité de leur auteur est indifférente (3); on comprend donc qu'on puisse en frapper des personnes morales, même si l'on admet le principe de leur irresponsabilité pénale.

Même en admettant sans restrictions ce principe tel qu'il se dégage de la jurisprudence, on ne prouve rien contre la possibilité de désigner une société comme administrateur d'une autre société. Nous voulons bien admettre qu'en aucun cas, la société, en tant que personne morale, ne pourra comparaître en police correctionnelle par l'organe de ses administrateurs *ès qualité*, parce que l'intention, élément essentiel des délits prévus et réprimés par l'article 405 du Code Pénal ou par l'article 15 de la loi de 1867, n'existe pas et ne peut pas exister à la charge d'une société. Quel est le but de ces textes répressifs? c'est de frapper l'auteur responsable; si la société n'a pas de volonté, ses organes en ont bien une; tous les éléments des délits en question se trouvent réunis à la charge de ceux des organes de la société-administrateur qui ont personnellement participé à l'infraction; dans cette théorie qui s'appuie sur le défaut de volonté de la personne morale, on ne pourra pas dire que tous les actes faits par les organes sont réputés accomplis par la société elle-même; les organes agissent pour le compte de la société, en ce sens que les obligations par eux contractées seront ré-

(1) *C. E.*, 29 janvier 1925, S. 26-3-54.

(2) LAFERRIÈRE, *Jurid. adm.*, 2^e éd., II, p. 630 et 643.

(3) HAURIOU, note S. 1897-3-113.

putées l'être directement par la société elle-même ; mais on ne peut pas supprimer leur fait personnel, dont ils répondent en particulier au regard de la loi pénale. Le but de l'article 405 du Code pénal et de l'article 15 de la loi de 1867 est donc sauvegardé.

On pourrait raisonner tout autrement, en partant d'une base légèrement modifiée, pour aboutir à une conclusion toute différente, mais également favorable à notre système : on pourrait admettre, comme l'évidence l'exige, qu'une société ne peut pas être condamnée à une peine privative de liberté, mais que rien ne s'oppose à ce qu'on prononce contre elle une peine purement pécuniaire ; si la société peut éventuellement être condamnée civilement, pourquoi ne pas la faire répondre des amendes et des frais d'une instance correctionnelle (1) ? Même si on se refuse à poursuivre une société seule pour un délit puni à la fois de prison et d'amende, on peut certainement condamner cette société à côté de son organe : celui-ci peut être poursuivi, selon les circonstances, soit comme auteur principal, soit comme complice de la société considérée comme auteur principal : la peine de prison pourrait être prononcée contre lui ; la peine d'amende sera prononcée à la fois contre la société et contre son organe (2).

123. La validité du second procédé est certaine. — De toute manière, la loi est respectée. Ainsi disparaît la dernière des objections qui ont été opposées à la no-

(1) Comp. Trib. Charleroi, 30 novembre 1900. *R. P. S. B.*, 1901-151.

(2) C'est cette manière de voir que propose M. WAHL, *loc. cit.*, p. 300.

mination d'une société comme administrateur ou gérant d'une autre société.

Cela ne veut pas dire que cette nomination n'entraînera pas de difficultés dans le fonctionnement des dispositions de la loi de 1867, mais le principe est établi (1); il ne reste que des controverses sur les modalités de son application. Il est tout à fait inutile de reprendre ici toutes les questions soulevées par l'administration ou la gestion des sociétés: il suffit, sans même rappeler des principes fort bien connus, de s'étendre un peu sur deux sortes de difficultés que soulève souvent la désignation d'une société comme administrateur ou gérant: l'une, relative aux conditions dans lesquelles pourront avoir lieu les marchés contractés entre la société gérante et la société gérée, et à l'application de l'article 40 de la loi de 1867; l'autre, qui a trait aux responsabilités civiles qui pèseront sur la société chargée de la gestion ou de l'administration.

SECTION II.

De quelques difficultés soulevées par la pratique de la société-gérant ou administrateur.

124. A. Contrats conclus entre société-mère et filiale. — La désignation d'une société comme gérant et administrateur d'une autre société fait naître des con-

(1) V. encore sur le principe DEPUICHAULT, *Ann. dr. comm.*, 1911-499; les praticiens semblent l'admettre sans contestation; cf. MOREAU et BEROT, *Guide pratique des Stés comm.*, II, p. 253 et 254; la question ne se plaide pas; cf. dans le même sens Trib. comm. Bruxelles, 23 avril 1906, *R. P. S. B.*, 1906-156; GONTIER, *le Directeur et l'Administrateur délégué*, p. 97; ROUSSEAU, I, n° 2189.

flits d'intérêts entre ces deux sociétés quand il s'agit de contrats passés entre elles par l'organe de leurs administrateurs ou gérants respectifs.

Le problème ainsi posé n'est qu'un aspect de la question dite du *contrat avec soi-même*, fort bien étudiée par la doctrine allemande [*Selbstcontrahieren* (1)] sur la base d'une législation prohibitive, et par la doctrine italienne (2) dans un sens libéral (*auto contratto*).

En France, la théorie du contrat avec soi-même, qui avait longtemps été négligée en l'absence du texte général, a donné lieu à quelques études remarquables (3) et vient d'être présentée dans son ensemble par M. Demogue dans son traité des obligations (4).

Ainsi se trouve facilitée la solution de problèmes juridiques qui paraissent fort complexes, en raison de l'anomalie apparente que constitue la réunion sur la même tête de la qualité de créancier et de débiteur, en dehors de toute hypothèse de confusion.

En notre matière, la question se présente de manière un peu différente selon qu'on emploie l'un ou l'autre des procédés précédemment indiqués : il y a lieu de distinguer le cas où c'est l'administrateur d'une société qui, en son nom personnel, assume les fonctions d'administrateur d'une autre société, et le cas, de plus en plus fréquent, où c'est cette société, agissant en tant

(1) RÜMELIN, *Das Selbstcontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht*, 1888; RÖMER, *Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst*, *Z. für Handelsrecht*, 1874; art. 181 B. G. B.

(2) TARTUFARI (*Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, 1892, n° 471); VIVANTE, *Dr. comm.*, trad. Escarra, I, p. 238; ARNO, *Il contratto con se medesimo* (*Arch. Giur.*, 1896-19).

(3) Notamment E. PILON, *Représentation. Thèse Caen*, 1898, p. 155; R. MOREL, *Commissionnaire contre-partiste. Thèse Lille*, 1904, p. 277.

(4) R. DEMOGUE, *Obligations*, I, p. 104-171.

que personne morale par ses organes, qui est chargée de l'administration d'une autre société.

125. 1^o Une même personne est en son nom personnel administrateur ou gérant de deux sociétés différentes. — Sa désignation comme administrateur ou gérant de la seconde société est un moyen indirect de représenter la première société à la gestion ou à l'administration de la seconde.

Cette personne sera normalement appelée à passer des contrats qui lieront les deux sociétés. A première vue, il n'y a pas d'objection à la conclusion de ces contrats. Ce n'est pas, en effet, un véritable contrat avec soi-même que passel'administrateur ou le gérant commun de ces deux sociétés ; par l'effet de la représentation, les actes qu'il conclut ainsi font naître des créances et des dettes en la personne des êtres moraux dont il est l'organe ; c'est une situation toute différente de celle que crée un contrat entre l'une de ces sociétés et ce gérant ou administrateur agissant en son nom personnel ; or, même en ce cas, on devrait permettre au gérant d'une société civile ou d'une société par intérêt de contracter avec la société (1). En ce qui concerne la société anonyme, l'article 48 de la loi de 1867 prohibe les marchés et entreprises dans lesquels l'administrateur aurait un intérêt direct ou indirect s'ils ne sont pas autorisés spécialement par l'assemblée générale ordinaire.

Ce texte est-il applicable à notre matière ? La pensée du législateur a été d'éviter un conflit toujours dange-

(1) E. THALLER, n^o 408 ; CH. LYON-CAËN et L. RENAULT, II, n^o 263, autorisent de façon générale tous contrats ; comp. DEMOGUE, I, p. 140, qui propose d'interdire l'achat ou la vente à la société (arg. art. 1596 C. civil).

reux entre le devoir et l'intérêt de l'administrateur ; il peut se faire — ce sera même le cas le plus fréquent — que l'administrateur ait des intérêts plus importants dans une société que dans l'autre, alors que son devoir est d'administrer les deux sociétés avec une égale conscience. On peut soutenir que le seul fait de la part d'un administrateur d'une société d'être en même temps gérant d'une société par intérêt ou administrateur d'une société anonyme qui contracte avec cette société suffit à lui faire posséder l'intérêt direct prévu par l'article 40 : cette solution serait certaine si l'administrateur qui traite ainsi pour le compte d'une société anonyme était le seul gérant de la seconde société, et figurait seul au contrat, en qualité de représentant de cette seconde société. Si l'on admet ainsi que l'administrateur a un intérêt direct, le défaut d'autorisation spéciale donnée par l'assemblée ordinaire entraîne nullité relative du marché ou de l'entreprise au profit de la société administrée (1). Si, au contraire, on considère que l'administrateur agissant dans ces conditions a un intérêt indirect dans le marché ou l'entreprise, il n'y aura qu'une action éventuelle en dommages-intérêts ouverte à la société contre l'administrateur, en raison du préjudice qu'elle en aura éprouvé (2). En tout cas, la prohibition de l'article 40 ne saurait, en aucun cas, être étendue à d'autres contrats que les marchés et entreprises, et l'opposition d'intérêts entre deux sociétés ayant des administrateurs communs ne suffirait pas à interdire les contrats autres que les marchés et entreprises entre ces deux sociétés. On doit admettre que la responsabi-

(1) HOUPIN, *J. S.*, 1916-14.

(2) HOUPIN, *loc. cit.*, p. 15.

lité du gérant ou de l'administrateur pour faute dans sa gestion constitue une garantie suffisante pour sauvegarder les droits des deux sociétés qu'il peut être appelé à représenter (1).

126. 2^o Une société est chargée, en tant que personne morale, de la gestion ou de l'administration d'une autre société. — Pour les contrats passés entre ces deux sociétés, la société-administrateur ou gérant fait bien un contrat avec elle-même, puisqu'elle intervient en son nom personnel à titre de cocontractant. Ces contrats sont donc plus dangereux que ceux qui viennent d'être examinés. Pourtant, en l'absence de textes prohibitifs, on doit choisir une solution libérale. On peut, en ce sens, argumenter *a contrario* de l'article 40 : cet article s'applique ici de la même façon qu'il vient d'être expliqué pour le cas précédent : seulement, la société-administrateur aura toujours un intérêt direct dans l'entreprise ou le marché, et le défaut d'autorisation sera sanctionné par la nullité relative au profit de la société administrée.

Réserve faite de l'application éventuelle de l'article 40, on doit permettre sans restriction tous contrats passés entre la société-administrateur et la société administrée (2). Le plus souvent d'ailleurs, il y a pluralité d'administrateurs ou de gérants, et les actes faits par la société-administrateur ou gérant peuvent être contrôlés par ses cogérants, ou par les autres membres du

(1) R. DEMOGUE, I, p. 142.

(2) Pratiquement, l'autorisation exigée par l'article 40 est toujours mise à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire, elle est toujours votée sans difficultés.

Conseil d'administration. La pratique de ces contrats entre société gérante et société gérée est fort utile et se répand de plus en plus, lorsque la société gérée est une filiale de la société gérante, ou bien encore lorsque c'est un organisme créé par plusieurs sociétés pour s'assurer de meilleures conditions économiques de vente ou d'achat (cartels-sociétés ; comptoirs de vente ou d'achat) (1). Les achats et ventes, marchés et entreprises entre société gérante et société gérée sont alors si fréquents que leur prohibition entraverait singulièrement le développement de la vie économique.

Il n'y a donc aucune raison de restreindre le développement de cette institution de la société-administrateur ou gérant. Il reste toutefois à examiner les conditions dans lesquelles pourra s'exercer la responsabilité civile qui pèse sur les administrateurs et gérants de sociétés.

127. B. Responsabilités civiles : 1^o responsabilité de la société-gérant ou administrateur pour fautes de gestion. — On sait que le gérant d'une société civile, d'une société en nom collectif ou en commandite répond vis-à-vis de la société de ses fautes de gestion comme un mandataire répond, vis-à-vis de son mandant, de ses fautes dans l'exécution de son mandat ; cette responsabilité est appréciée d'autant plus sévèrement que le mandat est salarié (art. 1992 C. civil) ; c'est une responsabilité contractuelle fondée sur la violation par le mandataire de l'obligation de remplir exactement et fidèlement le mandat qu'on lui a confié ; la faute qui donne lieu à cette responsabilité est la *culpa levis in*

(1) V. *infra*, 3^e partie.

abstracto des Romains (1). Au cas de pluralité de gérants, il n'y a solidarité que s'il y a faute commune de ces gérants (2); ceux d'entre eux qui n'ont pas participé à l'acte fautif ne sont pas responsables.

L'article 44 de la loi de 1867 étend sans modifications ces principes au cas des administrateurs de société anonyme; et l'article 25 de la loi du 7 mars 1925, aux gérants des sociétés à responsabilité limitée.

A côté de cette responsabilité contractuelle, le gérant ou l'administrateur est tenu, sur le fondement de l'article 1382, envers les tiers, associés ou créanciers sociaux, qui prouvent la réunion à sa charge des éléments de la responsabilité délictuelle.

Ces principes s'appliquent sans difficulté à la société qui assume les fonctions de gérant ou d'administrateur. Il est admis sans discussion, en jurisprudence et en doctrine, qu'une société peut encourir une condamnation à des dommages-intérêts; les raisons qui empêchent la jurisprudence de prononcer contre une société une condamnation, même à une peine pécuniaire, n'existent pas ici.

128. 2° Responsabilité de la filiale pour fautes de la société-gérant ou administrateur. — Inversement, la société répond envers les tiers des fautes de ses administrateurs ou gérants: ceux-ci engagent la société, non seulement par leurs contrats, mais par leurs délits. Cette responsabilité est fondée sur l'article 1384, 3° du Code civil: la société joue le rôle de commettant, son

(1) AUBRY et RAU, § 308, note 26, et § 413; M. PLANIOL, II, n° 2245. Cf. HOUPIŒ et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 262 et 1096; PIC, n° 497.

(2) P. PIC, n° 502; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 825.

administrateur ou son gérant celui de préposé (1). La Chambre des requêtes a précisé que cette responsabilité de la société pour faute de ses administrateurs se fonde sur le mauvais choix de l'organe (2) par les associés ; c'est une forme de l'opinion couramment admise en matière de responsabilité du fait d'autrui, opinion d'après laquelle la disposition de l'article 1384 consacre une présomption de faute à la charge du commettant, faute consistant dans le mauvais choix du préposé ou dans le défaut de surveillance à son égard. Mais on a souvent remarqué combien ce fondement assigné à l'article 1384 explique mal l'impossibilité de la part du commettant de démontrer son absence de faute par la preuve du bon choix du préposé et de sa surveillance constante (3). Au surplus, on comprend difficilement l'existence ou la présomption d'une faute à la charge d'un être moral à qui on accorde si peu de volonté qu'on refuse de lui appliquer les sanctions pénales de la loi de 1867 ; pourrait-on faire retomber cette prétendue faute sur la tête de tous les associés qui ont voté la désignation de l'organe ? A première vue, on pourrait croire que chacun de ces associés doit être personnellement responsable, mais personne ne soutient que dans les sociétés anonymes, les actionnaires qui ont voté le renouvellement des pou-

(1) En ce sens : PIC, I, n° 206. — Comp. ARTHUYS, I, n° 137. On a parfois considéré l'administrateur ou gérant comme un simple mandataire de la société, qui n'engagerait pas celle-ci. Mais la Cour de Nancy n'a pas hésité à soumettre ce prétendu mandataire à l'article 1384, et à le traiter comme un préposé de la société qu'il engage par ses délits. Nancy, 25 février 1890, *D. P.*, 90-2-347. Comp. HOUVET et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 61.

(2) Req., 7 août 1906. S. 07-1-88.

(3) PLANIOL, II, n° 911, et *R. C.*, 1909-293 et suiv. : « toute responsabilité fondée sur une présomption de faute doit admettre la preuve contraire sous peine d'être inique », p. 297.

voirs des administrateurs soient personnellement responsables des fautes de ses administrateurs ; la nature même de la société anonyme, où la personne des actionnaires change presque constamment par suite de négociations d'actions empêche absolument cette responsabilité des actionnaires. Et si, dans les sociétés en nom collectif, les associés sont tenus personnellement, c'est en vertu du principe fondamental que les créanciers sociaux ont action sur tout le patrimoine de chaque associé. Il n'y a donc pas une idée de faute, mais une idée de risque à la base de cette responsabilité de la société pour délits ou quasi-délits commis par ses organes.

En notre hypothèse, la victime du délit ou du quasi-délit civil aura, à son choix, action pour le tout, soit contre la société gérée ou administrée, soit contre la société-gérant ou administrateur, soit enfin contre l'organe de celle-ci qui est l'auteur de l'acte illicite (1).

Mais la responsabilité de la personne physique qui gère ou administre au nom de la société sera fondée sur l'article 1382 du Code civil, celle de la société gérée ou administrée sur l'article 1384. Quant à celle de la société-gérant ou administrateur, elle doit aussi se fonder sur l'article 1384, car cette société joue le rôle de commettant vis-à-vis de l'agent de la faute.

129. Partage de la responsabilité. — La manière dont la responsabilité sera supportée définitivement, se détermine suivant les règles ordinaires ; tout d'abord, si la victime obtient une indemnité de la personne physique auteur du dommage, sans mettre en cause l'une

(1) R. DEMOGUE, III, n° 351.

ou l'autre des sociétés, celles-ci n'auront pas à contribuer à la réparation du préjudice, il n'y aura pas d'action récursoire. Si, au contraire, la victime s'adresse à la société gérée ou administrée, celle-ci conservera, outre son droit de révocation, une action récursoire contre la société-gérant ou administrateur, laquelle pourra, de son côté, se retourner contre l'auteur responsable (1).

(1) Comp. R. DEMOGUE, III, n° 353 ; le savant professeur repousse l'application de l'article 1384 et refuse de considérer l'organe comme un préposé. Pour le partage de la responsabilité, il propose de laisser toujours une partie des dommages-intérêts à la charge de la personne morale en vertu de l'idée de risque ; « il faut voir, dit-il, quelle importance relative il convient d'attribuer à la responsabilité pour faute, qui est celle de l'organe, et à la responsabilité pour risque, qui est celle de la personne morale ». Mais il nous semble que tout partage entre deux responsabilités qui ont des causes si différentes sera nécessairement arbitraire ; et le système que nous proposons a l'avantage, tout en sauvegardant les droits de la victime, de faire peser la responsabilité sur l'auteur de la faute, en supprimant ainsi tout danger d'arbitraire. Comp. encore A. TISSIER, note S. 96-2-137 sous Dijon, 12 avril 1894.

CHAPITRE II

De l'intervention d'une société dans les assemblées générales d'une autre société.

130. **Son but.** — Lorsqu'une société entre à titre d'associée ou d'actionnaire dans une autre société, elle se contente rarement de faire un placement de capitaux : son intérêt est de se faire désigner comme gérant ou administrateur ; à plus forte raison, est-il aussi de jouer un rôle important dans les assemblées générales de la seconde société : c'est le moyen d'avoir une majorité stable et de conserver une influence prépondérante dans la direction technique et commerciale de l'entreprise. En effet, les gérants ou administrateurs sont bien les organes de la société pour tout ce qui concerne les actes d'exploitation courants ; mais ils relèvent de l'assemblée ordinaire qui les réélit ; l'assemblée générale est l'organe de la société pour tous les actes qui dépassent les pouvoirs des gérants ou administrateurs ; et l'on a pu la qualifier d'*organe suprême* de la société par actions : aussi la possession de la majorité des voix est-elle nécessaire à la société-mère qui veut s'assurer d'une façon permanente le contrôle de sa filiale.

SECTION I

Des procédés dont peut user une société pour acquérir la majorité des voix dans les assemblées de sa filiale.

131. Cas d'une filiale constituée en société par intérêt. — Dans les sociétés de personnes, il n'est pas facile à l'un des associés de dominer ainsi les autres : les décisions modificatives des statuts sont prises à l'unanimité (1) ; au cas de silence des statuts, on doit admettre qu'il en est de même des décisions conformes aux statuts, mais excédant les pouvoirs des gérants (2). Même si les statuts se contentent d'une majorité, ou si on admet l'opinion doctrinale d'après laquelle la majorité calculée par têtes suffit pour les actes de dispositions conformes aux statuts (3), il sera très rare qu'une société puisse faire la loi dans les assemblées de la société de personnes dont elle est membre : une filiale peut se constituer sous la forme en nom collectif ou en commandite, la société-mère y trouvera l'avantage attaché à l'*intuitus personæ* ; mais pour être sûre d'y imposer sa volonté, il faudrait que ses coassociés fussent eux-mêmes des membres de la société-mère, et encore pourraient-ils avoir dans les décisions à prendre des intérêts opposés à ceux de la société mère, et les faire prévaloir sur ceux-ci. Au surplus, ce ne serait une véritable garantie que

(1) Arg. art. 1134 C. civil ; *suprà* : 1^{re} partie.

(2) *PIC*, n° 480 ; *Req.*, 27 janv. 1868, S. 68-1-53.

(3) *LYON-CAEN* et *RENAULT*, n° 261.

si la société-mère elle-même était constituée sous une forme comportant l'*intuitus personæ* : en particulier, la société de personnes dont les associés seraient une société anonyme et divers actionnaires importants de celle-ci pourrait fort bien, même si cette société anonyme en était le gérant statufaire, prendre, pour les actes excédant les pouvoirs de ce gérant, des décisions opposées à l'intérêt de la société gérante ; car rien ne démontre que chacun des autres associés, tout en restant associé de la filiale, ne se serait pas retiré de la société-mère en négociant les actions qu'il en avait. La garantie ne serait sérieuse que si tous les associés autres que la société-mère étaient des administrateurs de celle-ci, car leur fonction d'administrateur leur conserverait un intérêt permanent dans cette société.

132. Filiale constituée en société anonyme. — C'est dans les sociétés anonymes que se présente d'une manière utile le problème de l'influence d'une société dans les assemblées générales d'une autre société. On supposera donc, dans les développements qui vont suivre, qu'une société de forme quelconque a souscrit un certain nombre d'actions d'une société anonyme, et qu'elle veut s'assurer une majorité dans les assemblées générales de cette société anonyme.

Souvent, la première société sera désignée comme administrateur de la seconde : nous avons vu qu'il n'y a pas d'objection à cette désignation. Mais la présence de cette société, par l'intermédiaire de ses organes, au conseil d'administration de la seconde serait pour elle un avantage médiocre si elle n'avait pas la certitude, ou l'espoir légitime, de voir, d'une part, son administra-

tion ratifiée par un vote de l'assemblée générale annuelle, et, d'autre part, ses pouvoirs renouvelés par la même assemblée à leur expiration. Il lui faut donc disposer de la majorité à cette assemblée.

133. **Le droit de vote dans les assemblées des sociétés anonymes.** — Rappelons les principes suivant lesquels s'effectue le vote dans les assemblées des sociétés anonymes : dans les assemblées ordinaires, les statuts déterminent le nombre minimum d'actions qu'il faut posséder pour avoir accès à l'assemblée, ainsi que le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions qu'il possède (art. 27, al. 1^{er}, loi de 1867) ; cela sauf faculté de groupement reconnue aux petits actionnaires qui votent par mandataire qu'ils désignent (art. 4, loi 1^{er} août 1893). Dans les assemblées constitutives, tout actionnaire, quel que soit le nombre de ses actions, a une voix au moins et dix au plus (art. 27 al. 2, loi 1867) ; dans les assemblées générales extraordinaires, tout actionnaire peut voter avec un nombre de voix égal à celui des actions qu'il possède, sans limitation (art. 1^{er}, al. 2, loi 22 novembre 1913).

134. **A. Achat de la majorité des actions.** — Exception faite des assemblées constitutives, où le maximum légal de 10 voix limite nécessairement l'influence de chaque actionnaire pris individuellement, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un des actionnaires dispose à lui seul de la majorité des voix, s'il a acquis plus de la moitié des actions ; c'est un moyen certain pour la société actionnaire de dominer toujours la seconde société ; elle est assurée par ce procédé d'avoir toujours en fin

d'exercice quitus pour l'administration de l'année expirée, et de se faire renouveler, quand il y a lieu, son mandat au conseil d'administration ; elle peut même faire voter ainsi des modifications aux statuts dans les conditions de la loi de 1913 ; elle sera toujours certaine de satisfaire aux conditions de *quorum* exigées pour les modifications qui ne requièrent pas le consentement unanime des actionnaires. Même pour les délibérations changeant l'objet ou la forme de la société, elle aura les plus grandes chances de trouver avec elle le nombre d'actionnaires complaisants qu'il faut pour atteindre le *quorum* des trois quarts ; le même appoint, s'il est nécessaire, lui permettra d'avoir la majorité des deux tiers requise pour les modifications aux statuts.

Mais le procédé de l'achat de la majorité des actions n'est pas d'un emploi facile : il est extrêmement coûteux, et les sociétés qui désirent acquérir le contrôle d'un certain nombre d'entreprises voisines ne peuvent pas toujours en user. C'est un moyen dont la légalité n'est pas contestable ; mais c'est une solution simple, dégagée de tout artifice juridique. Son extrême simplicité nuit peut-être à sa commodité ; et la pratique tend à s'en détacher pour lui préférer d'autres moyens.

Pourtant, les faits montrent qu'il est efficace ; en particulier, les Allemands en ont fait un emploi célèbre dans la constitution de plusieurs groupes dirigés par Stinnes, ce qui prouve qu'on peut s'en servir même pour des combinaisons financières de très grande envergure. En France, c'était le seul procédé employé par la pratique jusqu'au début du siècle ; or, déjà à ce moment, les ententes par *trusts* se développaient considérable-

ment ; mais il fallait toujours à la société qui prétendait ainsi dominer le marché disposer de capitaux assez importants pour lui permettre l'achat d'un nombre suffisant d'actions des sociétés rivales qu'elle voulait contrôler. On ne voyait pas, comme aujourd'hui, depuis la mise en application d'autres moyens juridiques, se réaliser des *trusts* dans lesquels une société centrale dispose de la majorité des voix dans les assemblées d'un certain nombre d'autres sociétés sans avoir la majorité des actions de celle-ci.

135. Moyens d'acquérir la majorité des actions. — Pour acquérir la majorité des actions, il faut, semble-t-il, employer l'un des procédés suivants : on doit, ou bien avoir stipulé, lors de la constitution de la filiale, la création d'un nombre suffisant d'actions d'apport en représentation des apports en nature faits par la société-mère ; ou bien souscrire un assez grand nombre d'actions de numéraire ; ou encore, acquérir au cours du fonctionnement de la filiale des actions primitivement souscrites par d'autres que la société-mère. De toutes façons, il faut un déboursé considérable : les actions de numéraire sont au moins libérées du quart avec crainte d'appel immédiat de fonds pour le non-versé (art. 3, al. 5, loi 24 juillet 1867) ; et le système de vérification préalable établi par l'article 4 de la loi de 1867, joint à l'exigence de leur libération intégrale par l'article 2 de la loi de 1893, encore qu'il donne lieu à de nombreuses critiques d'ordre législatif, devrait interdire en théorie toute majoration d'apports (1).

(1) Ci-dessus, n° 98 à 100.

Ainsi donc la société-mère peut bien se faire attribuer, sauf vérification prescrite par l'article 4, des parts de fondateur et des avantages particuliers dans les dividendes à distribuer ; mais, pour faire la loi aux assemblées générales, elle doit, si l'on admet le principe de l'égalité entre actionnaires sur la base de la proportionnalité du nombre de voix au nombre d'actions, avoir fourni la majorité du capital de la filiale. Et si, au lieu d'une société-mère et d'une filiale, il s'agit d'une société qui veut, sans recourir à la fusion par annexion, constituer un *trust* dont elle soit l'âme, la réalisation sera bien plus difficile encore : il faudra souvent acquérir la majorité des actions de plusieurs entreprises qui sont elles-mêmes puissantes ; on conçoit donc facilement qu'il soit pratiquement fort rare de constituer avec ce procédé de l'achat d'actions à droit de vote unitaire ces « omniums » ou « holding trusts » dont l'objet est, précisément de gérer un portefeuille de sociétés dont ils ont le contrôle.

De plus, l'achat par une société d'un grand nombre d'actions d'une autre société pourra, s'il est connu des tiers, donner lieu à des spéculations qui seront loin de faciliter son exécution. Aussi les sociétés qui veulent le faire cachent-elles soigneusement leur dessein, et c'est une des raisons pour lesquelles le rôle exact d'une société dans le fonctionnement d'une autre est souvent si mal connu du public.

Si c'est lors de la constitution de la filiale que la société-mère se réserve la majorité des actions, elle peut le faire sans trop compter avec cette crainte de spéculation de la part des tiers. Mais si, au cours du fonctionnement d'une société, une autre société veut

acquérir la majorité par achat d'actions, elle doit, par mesure de prudence, s'adresser à des banques (1) qui réaliseront l'opération pour son compte, à l'insu du public. Les banques jouent alors le rôle d'intermédiaires, comme pour le placement dans le public des titres d'une société en formation ; la nature du contrat entre la société et la banque est variable : suivant les cas, c'est un mandat, un louage de services, un prêt, une opération à la commission, ou, plus souvent, un contrat innommé présentant à la fois des caractères communs à plusieurs de ces contrats ; mais le rôle économique de la banque est à peu près toujours le même : la banque intervient pour appuyer l'opération que veut réaliser la société ; au besoin, elle fait les avances nécessaires si la société n'a pas assez de capitaux disponibles ; parfois, la banque a un intérêt personnel à la réalisation de l'opération, quand elle a elle-même des participations importantes dans la société à laquelle elle prête son concours ; souvent aussi, elle se contente d'une rémunération variable selon la nature de la convention intervenue.

136. Achat d'actions avec l'assentiment de la société dont on veut acquérir le contrôle. — L'achat de la majorité des actions peut aussi se réaliser directement, mais avec l'assentiment de la société dont on veut acquérir le contrôle. Une pareille hypothèse se distingue nettement de la fusion : sans doute, dans les

(1) Par exemple, quand Stinnes a fait acheter, en 1920, par la Rhein Elbe-Union, membre de son *konzern*, la majorité des actions de la Bochumer Verein für Bergbau und Gusstahlfabrikation, il a fait appel au concours de la banque Heitzfeld de Berlin, appuyée de la Diskonto et de la Nationalbank. Cf. L. MAZEAUD, *Thèse*, p. 148.

deux cas, il y a convention entre les deux sociétés, mais au cas de fusion, l'une des sociétés contractantes au moins disparaît ; ici, les deux sociétés subsistent ; c'est une forme de convention d'alliance laissant, au moins en théorie, à chacune des sociétés contractantes son autonomie technique et son autonomie juridique ; seulement, en fait, l'une de ces sociétés fera la loi dans les assemblées de l'autre. Ce qui distingue essentiellement ce procédé d'acquisition de la majorité des voix du procédé occulte précédemment indiqué, c'est qu'ici la seconde société consent à l'opération. Cela ne veut pas dire que l'existence de ces conventions soit nécessairement révélée au public : le plus souvent, les sociétés contractantes, soit par défiance à l'égard des producteurs concurrents ou des consommateurs, soit par le scrupule de timidité que leur suggère toujours l'article 419 du Code pénal, même dans la rédaction nouvelle, ont intérêt à tenir leurs contrats secrets dans la mesure du possible.

L'acquisition par une société de la majorité des actions d'une autre société peut exiger de sa part une augmentation de capital votée à la majorité des deux tiers par l'assemblée extraordinaire tenue au quorum des trois quarts avec faculté de quorum décroissant à un tiers pour la troisième assemblée. La première société peut faire également un apport en représentation duquel sont créées des actions lui assurant la prépondérance au sein des assemblées de l'autre société. Ou bien, il peut y avoir échange de titres, sans que chacune des sociétés renonce à son indépendance ; mais, en ce cas, le contrôle de la seconde société par la première peut fort bien se doubler d'un contrôle de la seconde sur la première : on obtient

alors un véritable enchevêtrement des intérêts sociaux, et on peut dire que chacune de ces sociétés est la filiale de l'autre.

137. Insuffisance de ces procédés. — Tels sont les procédés couramment employés pour assurer à une société le contrôle direct d'une autre société. On a cherché à leur substituer d'autres moyens juridiques qui permettent à une société d'avoir la majorité des voix dans les assemblées d'une autre société, sans avoir la majorité des actions de celle-ci. L'un de ces moyens a été consacré implicitement par notre législation, on en fait un usage courant sous le nom de vote privilégié, et ses abus suscitent des projets de réglementation sévère ; l'autre, emprunté au droit anglo-saxon, ne paraît pas devoir s'acclimater en France : c'est la cession du droit de vote. Cherchons dans quelle mesure ces procédés peuvent s'appliquer à notre matière.

138. B. Vote privilégié. Validité. — On a beaucoup écrit sur le vote privilégié dans les sociétés par actions ; nous ne pouvons que renvoyer aux études très complètes qui ont été publiées sur cette question (1), et insister seulement sur le rôle que peut jouer le vote plural pour faciliter, ou, au contraire, restreindre l'acquisition par une société de la majorité des voix dans les assemblées d'une autre société.

(1) Consulter sur le vote plural : H. SOLUS, *R. S.*, 1923-315, et *Rec. jur. soc.*, 1927-275 ; A. AMIAUD, *Rec. jur. soc.*, 1922 ; H. MAZEAUD, *Thèse Lyon*, 1924 ; G. BOURCART, *J. S.*, 1923-417, et *J. S.*, 1927-529 ; R. MICHEL, *Rec. jur. soc.*, 1927-52 ; J. LEPARGNEUR, *J. S.*, 1927-257 ; A. WAHL, *Rec. jur. soc.*, 1927-40 ; J. ESCARRA, *Ann.*, 1927-5, et les projets et propositions de lois tendant soit à supprimer, soit à réglementer le vote plural. V. en outre CH. SCHMUCHKOVITSCH, *Les actions à vote plural. Thèse Strasbourg*, 1928.

On est d'accord pour admettre, dans le droit français actuel, la légalité des actions à droit de vote privilégié. Déjà sous l'empire de la loi de 1867, la jurisprudence avait validé la création d'actions de valeur différente conférant un droit de vote égal (1), ce qui prouvait que la règle de la proportionnalité absolue du droit de vote au capital engagé n'était pas une règle impérative de la société anonyme. La loi de 1903, en autorisant, à titre interprétatif de la loi de 1867, « la création d'actions de priorité jouissant de certains avantages sur les autres actions », est venue dissiper toute hésitation en permettant, parmi ces avantages attachés aux actions ainsi créées, l'attribution d'un nombre de voix supérieur à celui que donnent les actions ordinaires (2). Le Tribunal de commerce de la Seine (3) a adopté sur ce point l'opinion que les auteurs avaient enseignée à la suite de Thaller (4).

139. Conditions d'emploi. — Lorsque la création d'actions à vote plural, au cours du fonctionnement de la société (de celles qu'on appelle généralement actions B

(1) Paris, 28 mai 1884. *J. S.*, 84-427 ; Paris, 4 avril 1884. *J. S.*, 86-367 ; H. SOLUS, *loc. cit.*, p. 362.

(2) Arg. art. 34, Nouveau C. comm., al. 3 ; sauf dispositions contraires des statuts, les actions de priorité et les autres ont, dans les assemblées, un droit de vote égal. J. BARTHÉLEMY, *Inf. financière*, 31 août 1928.

(3) Trib. comm. Seine, 12 juin 1922. *Gaz. Sociétés*, 22-144 ; *R. S.*, 27-189 ; *R. P. T. C. S.*, 1924-2-1, note ROUSSEAU. Ce jugement admet l'exercice du vote privilégié même dans les assemblées extraordinaires ; *non obst.* art. 31, al. 2 nouveau, loi 24 juillet 67 : « avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède ». Seules, les assemblées appelées à vérifier les apports en nature ne connaissent pas l'exercice du vote privilégié (art. 27, al. 2, loi 1867).

(4) Thaller avait, en 1911, donné deux consultations favorables à la société centrale des Banques de Province, qui employait le procédé jusqu'alors inusité de l'action à vote plural.

ou quelquefois actions P, par opposition aux actions ordinaires nommées actions de catégorie A ou actions O), suppose une augmentation de capital, il faut une assemblée extraordinaire statuant aujourd'hui aux conditions de quorum et de majorité prévues par l'article 31 § 2 de la loi de 1867 (rédaction de 1913) (1). De plus, l'article 34 nouveau du Code de commerce exige la tenue d'une assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie A : il est juste qu'une telle dérogation au principe d'égalité entre actionnaires soit ratifiée par la majorité des actionnaires lésés; si au moment de la création d'actions de priorité par voie d'augmentation de capital, il existe déjà plusieurs catégories d'actions, à l'une desquelles cette création peut nuire, la nécessité de tenir une assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie lésée est évidente; en revanche, s'il n'y a jusque-là qu'une seule catégorie d'actions, l'assemblée spéciale se composerait des mêmes actionnaires que l'assemblée extraordinaire, et il suffit de la délibération de celle-ci (2). Si l'émission d'actions à vote plural se produit sans augmentation de capital, par simple « disjonction », c'est-à-dire création, parmi les actions existantes de deux catégories dont l'une bénéficiera du vote plural, l'article 34 semble, à s'en tenir à l'interprétation littérale, écarter la tenue d'une assemblée spéciale. Mais, même en ce cas, la tenue de cette assem-

(1) D'après l'opinion dominante en matière d'avantages particuliers, on devrait aussi considérer comme soumis en cette qualité à l'approbation de l'assemblée constitutive (art. 4, loi 1867) la création d'actions B au profit de certains actionnaires nommément désignés. Mais nous n'avons pas englobé dans la notion d'avantage particulier les droits autres que les droits pécuniaires sur les bénéfices sociaux (ci-dessus, n° 97).

(2) H. SOLUS, *loc. cit.*, p. 371.

blée nous paraît nécessaire, sinon, on ne pourrait éviter le dilemme suivant (1) : ou bien exiger avec quelques auteurs l'unanimité des actionnaires pour la création d'actions B, sur le fondement du principe d'égalité entre actionnaires (ce principe d'égalité serait un droit propre réservé à chacun d'eux, écarté par l'article 34, mais seulement au cas spécial visé par lui), système qui, en fait, rendrait impossible la création d'actions B (2) ; ou bien se contenter, comme le constate M. Wahl (3), d'une délibération de l'assemblée extraordinaire aux conditions ordinaires de la loi de 1913, ce qui supprimerait une garantie utile contre l'arbitraire de cette assemblée.

140. Modalités du vote privilégié. — Moyennant ces conditions, on peut toujours créer dans les sociétés par actions des actions à vote plural (4). Il en existe d'ailleurs plusieurs modalités : on peut, par exemple, donner une voix à chaque action A, et un nombre déterminé de voix à chaque action B, les actions A et B ayant même valeur nominale et conférant des droits égaux dans la répartition des dividendes (5) ; ou bien donner une voix

(1) G. BOURCART, *J. S.*, 1927-537.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 1349 ; P. CORDONNIER, *J. S.*, 1924-439.

(3) A. WAHL, *J. S.*, 1914, 67, 80 et 162.

(4) V. toutefois Tr. comm. Chambéry, 19 août 1927 (Sté l'Allobroge) S. 1928-2-97, note SOLUS. Ce jugement annule l'émission d'actions C dotées de 100 voix chacune, en faisant remarquer qu'elle a pour but unique « de consolider la situation personnelle des administrateurs ». V. plus loin, n° 150.

(5) Procédé employé notamment par la Compagnie des Chemins de fer du Maroc, dont les actions sont réservées aux Compagnies de Chemins de fer qui ont joué un rôle actif dans la constitution de la société (P.-L.-M., P.-O. ; Cie gén. marocaine ; Sté marocaine). Cf. E. ANTONELLI, *R. S.*, 1922, 85.

à chaque action B, et exiger pour le vote la réunion d'un nombre déterminé d'actions A (1) ; ou encore limiter à un nombre déterminé le nombre de voix des actions A, sans limiter celui des actions B (2). En Belgique, la société John Cockerill accorde le vote privilégié aux actions nominatives ; les actionnaires restent libres de les convertir en titres au porteur, mais perdent alors définitivement leur vote privilégié ; cette combinaison ingénieuse, qui pourrait se répandre en France dans l'état actuel des textes, aboutit à peu près au même résultat que les autres, car elle donne un avantage à ceux qui gardent en mains les actions de la société, en particulier aux administrateurs ; mais la formule en est un peu nouvelle, et mériterait l'attention des fondateurs de sociétés françaises. On peut imaginer des combinaisons très variées ; il est inutile de les étudier toutes.

141. Avantages et inconvénients du vote privilégié.

— Ce qu'il importe de remarquer, c'est que le privilège de vote accordé à certaines actions tend toujours, quelle que soit la forme sous laquelle il apparaît, à rompre l'équilibre entre le capital engagé et le droit de vote dans les assemblées. Les sociétés de capitaux elles-mêmes admettent aujourd'hui un *intuitus personæ* : comme le remarque judicieusement M. Bourcart (3), « l'évolution qu'on signalait autrefois de l'*intuitus personæ* vers l'*intuitus pecuniæ* dans les sociétés,

(1) Ex. Société centrale des Banques de Province. — L'infériorité de ce procédé sur le précédent consiste dans l'impossibilité d'utiliser le vote privilégié dans les assemblées extraordinaires (art. 31, al. 2, loi 1867, rédaction de 1913).

(2) Ex. Société pour l'exploitation des Pétroles.

(3) G. BOURCART, *L'Intuitus personæ*. J. S., 1927, p. 519.

semble avoir changé de signe, être remplacée par une évolution en sens inverse ». Cette considération explique l'importance toute spéciale du privilège de vote dans la matière qui nous occupe : c'est un moyen commode de faciliter la concentration industrielle en permettant aux sociétés-mères d'avoir le contrôle de leurs filiales, sans engager pour cela trop de capitaux (1). La qualité de la personne physique ou morale qui participe à la constitution ou à l'administration d'une société par actions justifie le privilège de vote à son profit. Qu'il y ait des abus, c'est chose certaine : le projet de loi déposé par le cabinet Poincaré en 1927 aboutira, sans doute, à une réglementation désirable. Mais le principe reste certain : le vote privilégié permet à la société-mère de conserver le contrôle de sa filiale ; à la société contrôlée, d'avoir une continuité dans la direction technique et commerciale de l'entreprise. Les hommes d'affaires connaissent trop le parti qu'on peut tirer du vote privilégié pour accepter facilement l'idée de sa suppression : devant les protestations des praticiens, M. le député Lesaché, qui réclamait en 1922 (2) la suppression du vote privilégié, a dû se contenter en 1926 (3) d'une proposition de réglementation sévère, qui se trouve elle-même supplantée par le projet plein de mesure déposé par le gouvernement en 1927 (4). Il est difficile de juger impartialement le vote privilégié : la discus-

(1) H. SOLUS, *loc. cit.*, p. 317.

(2) Doc. parl. ann. 4689 ; *J. O.*, 4 déc. 1922.

(3) Rapport Lesaché à la Commission de législation de la Chambre, *J. S.*, 1926-601.

(4) Projet de loi portant réglementation des actions à droit de vote privilégié : Sénat, 18 mars 1927, *J. S.*, 1927-309 ; — comp. *B. S. E. L.*, 1925-236.

sion a passionné les milieux financiers ; les mêmes arguments peuvent parfois être invoqués pour ou contre lui. En particulier, la facilité qu'il donne à certains dirigeants de sociétés est un bien, quand elle se contente d'assurer une grande stabilité dans la direction des affaires sociales ; mais elle est un mal quand elle donne par avance aux organes dirigeants une majorité certaine, parce qu'elle risque alors de diminuer la qualité de leur administration.

En d'autres termes, le vote privilégié, par la rupture d'équilibre qu'il consacre entre le capital engagé dans l'entreprise et le nombre des voix, introduit un élément personnel utile par la continuité qu'il assure à la direction des affaires sociales ; mais il supprime, en même temps, l'intérêt personnel des dirigeants à l'excellence de leur gestion ; comme le dit M. Hémard, le vote plural est souvent « une solution paresseuse de la gestion des sociétés ».

142. Projets de réglementation. — Quoi qu'il en soit de cette controverse entre partisans et adversaires du vote privilégié, on ne doit pas rendre celui-ci tout à fait responsable des abus qui se sont produits dans les années qui ont suivi la guerre : le rapport de M. Lesaché à la Commission de législation civile de la Chambre en 1926 est manifestement rédigé sous l'impression fâcheuse de certaines combinaisons financières réalisées à la faveur du vote plural (1) ; ce rapport

(1) Rapport Lesaché, *J. S.*, 1926-601 ; ce rapport cite notamment l'exemple d'un spéculateur qui, par des combinaisons heureuses de filiales et de sous-filiales, dont chacune avait des actions de catégories A et B, celles-ci réservées au public, les premières à ce spéculateur, par l'intermé-

dépasse certainement la mesure dans ses critiques contre le principe même du vote privilégié. Le projet de loi gouvernemental procède d'une conception plus juste en limitant à 5 voix par action le privilège de vote, en imposant la forme nominative aux actions à vote privilégié, mais en autorisant l'exercice du vote privilégié dans toutes assemblées autres que les assemblées constitutives.

Avec ce système, qui sera sans doute adopté par le Parlement, on n'empêchera certes pas les spéculations hardies, mais on en limitera l'étendue ; et les avantages du vote privilégié subsisteront : notamment, le vote privilégié restera un moyen — le plus efficace — mis à la disposition d'une société-mère pour conserver avec certitude le contrôle d'une filiale ; à la disposition d'un « trust » réalisé autrement que par fusion, pour lui assurer la majorité dans les assemblées de chacune des sociétés adhérentes.

143. Le vote privilégié dans les sociétés à responsabilité limitée. — Le vote privilégié est du reste un moyen si commode que les praticiens cherchent aujourd'hui à l'étendre aux sociétés constituées sous l'empire de la loi du 7 mars 1925 : sans doute, l'article 28 de cette loi dispose impérativement que chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède ; mais, s'il interdit ainsi la création de

diaire des filiales jouant le rôle de maisons-mères vis-à-vis des sous-filiales ; en sorte que cet homme pouvait, avec un capital minime, commander un capital 100 fois plus important. — Comp. l'Entreprise meunière, où le groupe Vilgrain avec 4 millions, faisait la loi à des entreprises d'un capital de 176 millions ; exposé des motifs proposition Lesaché, 5 juillet 1922, ann. 4689, *J. O.*, 4 déc. 1922, *R. S.*, 1923-38.

« parts à vote plural (1) », il est permis de penser qu'il laisse les associés libres de réaliser une autre sorte de vote privilégié, par la création de parts sociales d'inégale valeur, conférant cependant chacune droit de vote égal (2).

On peut même s'étonner que l'article 28 ait prohibé le vote plural proprement dit dans une société où l'*intuitus personæ* joue un rôle si important, se montrant ainsi plus sévère que pour les sociétés par actions, où le vote plural est, nous l'avons vu, une manifestation de l'*intuitus personæ*.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'usage du vote privilégié ne présente pas le même intérêt que dans les sociétés par actions : en effet, d'une part, l'article 31 de la loi de 1925, en exigeant la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social pour les modifications statutaires, décide que jamais la majorité en voix ne pourra suppléer au défaut de représentation des trois quarts du capital ; et l'article 22 en décide de même pour les assemblées autorisant la cession de parts sociales

(1) M. WAHL, *Rec. jur. soc.*, 1927-110, propose même de considérer comme licite la création de « parts à vote plural » ; l'incidente : « nonobstant toute clause contraire des statuts » ne se trouve qu'à l'alinéa 1^{er} de l'article 28, ce qui semble impliquer *a contrario* que la disposition de l'alinéa 2 est interprétative. En tous cas, un rapprochement s'impose avec l'article 31 nouveau de la loi de 1867, où la disposition de l'alinéa 2 : « Tout actionnaire peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède sans limitation » est couramment interprété comme défendant de laisser à aucun actionnaire moins d'une voix par action, mais comme laissant subsister l'exercice du vote plural dans les assemblées extraordinaires. Seulement, M. Wahl reconnaît lui-même que ce système libéral a peu de chances d'être adopté par la jurisprudence, qui interprétera sans doute dans toute sa rigueur le texte de l'article 28, sans s'arrêter à l'analogie apparente qui existe entre cet article et l'article 13 nouveau de la loi de 1867.

(2) J. LEPARGNEUR, *J. S.*, 1927-257. *Contra*, G. DROUETS, 2^e éd. n° 106.

à des étrangers, ce qui limite l'étendue d'application du vote privilégié. D'autre part, et surtout, les gérants étant irrévocables, sauf causes légitimes, la société qui se sera fait confier la gérance d'une filiale à responsabilité limitée n'aura pas à craindre, comme dans les sociétés anonymes, une révocation *ad nutum*, ou tout au moins, le défaut de renouvellement des pouvoirs en fin de mandat.

144. Autre fonction du vote privilégié. — Le vote privilégié dans les sociétés par actions peut servir à deux fins opposées : nous l'avons envisagé comme un moyen d'assurer la majorité à la société-mère dans les assemblées de sa filiale ; quand les conditions exigées pour sa création seront réunies, la société-mère aura une prédominance qui restera à l'abri de toute influence nouvelle. Et c'est précisément cet aspect de la question qui fait deviner le second rôle joué par le vote privilégié : c'est un rôle de protection contre l'emprise étrangère, contre l'intrusion des concurrents, ou des sociétés de nationalité différente ; c'est un aspect négatif de l'*intuitus personæ* : la défense contre les indésirables (1). Il y aurait lieu d'étudier longuement ce point ; nous ne pouvons que le signaler ici, comme un des moyens fournis à une société de consolider sa situation déjà acquise, en empêchant les tiers d'acquérir plus tard la majorité qu'elle détient dans les assemblées de sa filiale. Nous y reviendrons à propos des mesures de protection contre l'intrusion des sociétés étrangères.

(1) Cet aspect « négatif » de l'*intuitus personæ*, et ce second rôle du vote privilégié sont particulièrement mis en lumière dans le savant article de M. BOURCART (J. S., 1927, 129 et suiv.).

145. C. Cession du droit de vote. — Le troisième moyen auquel on peut songer pour acquérir la majorité dans les assemblées d'une société, c'est l'achat de la majorité des voix par la cession du droit de vote attaché aux actions. Le procédé est plus ingénieux que les précédents ; jusqu'ici, la majorité est acquise soit directement, sans détours, soit par la possession de la majorité des actions, soit par la combinaison du vote privilégié, qui, pour être un avantage très grand et parfois dangereux, n'en est pas moins licite et suppose des capitaux engagés dans la Société. La cession du droit de vote, au contraire, peut théoriquement permettre à une société ou à un particulier d'acquérir, soit définitivement, soit en vue d'une spéculation temporaire, la majorité des actions d'une société sans y avoir engagé le moindre capital. Le moyen est commode ; il l'est même trop pour être accepté facilement par la pratique française. Toutes les critiques dirigées contre le vote privilégié s'aggravent lorsqu'il s'agit de constater la cession du droit de vote ; critiques de bon sens, d'équité, auxquelles s'ajoute ici un grief qui nous paraît sans réplique : la cession du droit de vote est contraire au texte et surtout à l'esprit de la loi de 1867. Il faut cependant insister quelque peu sur ce procédé d'acquisition de la majorité des voix, car il est couramment employé en Angleterre, où la pratique semble fort bien s'en accommoder ; une étude de droit positif n'exclut pas nécessairement tout aperçu d'ordre législatif.

146. Point de vue législatif. — Dans le droit anglo-saxon, il est permis de séparer les deux attributs de l'action : droit aux dividendes, et droit de participer à

l'administration de la société ; on peut vendre à un tiers le pouvoir d'administration, tout en gardant les avantages pécuniaires de l'action ; cet tiers qui administre s'appelle un *trustee* ; c'est le sens primitif de ce mot *trust*, qu'on a depuis lors détourné de sa signification pour lui faire désigner une forme économique d'ententes entre producteurs (1) ; une personne peut confier ainsi à une autre le soin d'administrer tout son patrimoine : à plus forte raison, peut-elle lui confier seulement le soin de voter dans les sociétés anonymes dont elle est actionnaire. Seulement, encore faut-il que les opérations réalisées par les *trustees* par ce moyen juridique soient en elles-mêmes licites : la jurisprudence américaine, d'abord favorable aux ententes entre sociétés, a réagi en frappant le *Sugar-trust* (2). Si, dans un pays éminemment prédisposé à la concentration industrielle, un moyen juridique consacré de longue date a permis des abus qu'il a fallu réprimer, on ne peut guère faire état de cette pratique américaine pour innover en France. Il paraît difficile d'admettre chez nous un procédé qui permettrait à un actionnaire « d'arriver par l'intermédiaire d'hommes de paille à obtenir un grand nombre de voix dans une assemblée (3) ».

La doctrine italienne se montre sévère à l'égard de la

(1) M. LEVY-ULLMANN observe que ce mot « *trust* », d'allure si nettement anglo-saxonne, est en réalité d'origine française, et qu'avant la conquête normande, on l'employait à propos d'un contrat de loyauté, où un bien est remis aux soins d'un tiers (*trustee*) qui administre au profit du déposant sans en retirer d'avantage personnel (note Sirey, 1901-2-225). C'est bien le sens qu'il a ici, avec cette différence toutefois que le contrat n'est plus, comme à l'époque franque, un pur service rendu par le *trustee*, sans espoir de profit.

(2) J. PERCEROU, note *D. P.*, 1912-1-33 ; SURFATTI, *Riv. dir. comm.*, 1911-71.

(3) R. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, II, n° 826.

cession du droit de vote (1) ; le Tribunal de Naples, suivi par le Tribunal de Rome, en a repoussé le principe (2). Le droit belge semble, lui aussi, hostile à cette pratique (3). Il y a donc de bonnes raisons de penser que les pays latins acceptent mal l'idée d'une séparation complète entre l'intérêt pécuniaire, et le droit d'administration du patrimoine (4). L'argument d'analogie tiré de l'existence du vote privilégié ne porte pas, car, d'une part, le vote privilégié suppose quelque intérêt pécuniaire engagé dans la société, ce que n'implique pas le droit de vote acheté au titulaire de l'action ; et d'autre part, le vote privilégié a lui-même conduit à des abus qui ont fait naître des projets de réglementation plus ou moins sévère. Au point de vue législatif, la cession du droit de vote est donc une institution originale, particulièrement dangereuse, si on la permet sans restrictions ; il n'est peut-être pas souhaitable de l'introduire en France.

147. Nullité de la cession du droit de vote en droit français. — Dans l'état actuel des textes, il est absolument certain que le *trustee* est prohibé en droit français : les arguments présentés par M. R. Michel, en faveur de la cession du droit de vote (5) ont été un à un réfutés

(1) G. VIVANTE, *Tratt.*, 5^e éd., n° 499 bis ; *Riv. dir. comm.*, 1914-1-173, et SURFATTI, *loc. cit.*, ; comp. toutefois l'article 205 du projet italien de 1925 cité au n° suivant.

(2) Trib. Naples, 6 août 1909, S. 1910-4-1, note A. WAHL ; Trib. Rome, 14 juillet 1914, *Riv. dir. comm.*, 1915-2-68, note La Lumia.

(3) Cf. WAUWERMANS, *Manuel pratique des Sociétés commerciales*, 3^e éd., n° 592 à 600 ; il résulte de ces explications que l'état de la question est à peu près le même qu'en France.

(4) Le Droit allemand, lui aussi, est hostile à la cession du droit de vote, § 317 et 318, *H. G. B. Comp.* toutefois Cour suprême autrichienne, 2 déc. 1922, *Ann.*, 1924-291, note critique de K. ADLER.

(5) R. MICHEL, *Rec. jur. soc.*, 1926-80.

par M. Cordonnier dans un article fort bien documenté (1) : que la cession soit faite à un tiers étranger à la société ou même à un actionnaire, elle est nulle, tant au regard du cédant que du cessionnaire. Le cédant ne peut valablement renoncer à un droit qui paraît si essentiel que la jurisprudence annule les clauses qui, sans en dépouiller l'actionnaire, restreignent sa liberté de vote (2). Quant au cessionnaire, il ne peut pas exercer le droit de vote, car il n'a pas la qualité de « propriétaire » ou de « mandataire » exigée par l'article 27 pour avoir accès aux assemblées générales : il n'est pas propriétaire de l'action, puisque celle-ci reste, au moins dans le système du *Voting trust* anglais, la propriété de l'actionnaire primitif ; ou bien, si on considère qu'il y a démembrement de la propriété de l'action, le cessionnaire du droit de vote n'est, en tout cas, pas le propriétaire au sens de l'article 27, c'est-à-dire celui dont le droit de vote est justifié par l'intérêt pécuniaire qu'il a engagé dans la société. Il n'est pas non plus mandataire du propriétaire de l'action, car on ne conçoit pas l'existence d'un mandat de voter perpétuel et irrévocable.

La cession du droit de vote est un véritable démembre-

(1) P. CORDONNIER, *J. S.*, 1927-5 ; dans le même sens : L. MAZEAUD, *R. S.*, 1924-198 ; H. MAZEAUD, *Thèse*, p. 99 ; Cf. J. PERCELOU, *D. P.*, 1912-1-33 ; P. CHEMINAIS, p. 244.

(2) P. ex. Trib. comm. Seine, 9 décembre 1920, *J. S.*, 1921-515, reprenant la jurisprudence de Trib. [comm. Lyon, 2 juin 1883, *R. S.*, 1884-581 ; annule l'engagement pris par les adhérents d'un groupe d'actionnaires de voter dans le sens arrêté par la majorité de ce groupe. — Cf. LECOUTURIER, *Ass. gles*, n° 86 bis. — Comp. art. 205 projet de 1925 Code de commerce italien : « Les conventions qui restreignent la liberté du vote sont nulles. » Mais ce même article admet l'existence de « syndicats d'actions » : les actionnaires peuvent céder à une ou plusieurs personnes, pour une durée maximum de 4 ans, la faculté d'exercer tous les droits attachés à leurs actions, y compris le droit de vote.

brement du droit de propriété de l'action : on confère au cessionnaire un droit réel sur cette action ; la cession doit être opposable au nouveau titulaire ou porteur de l'action, celui-ci doit subir le droit de vote conféré ainsi au cessionnaire par l'actionnaire primitif. Or, les démembrements de la propriété ne sont pas autorisés en dehors des cas prévus par la loi : il est permis de conférer un usufruit sur une action, il s'établit alors entre usufruitier et nu-propiétaire des rapports déterminés par la loi ; il n'est pas permis de séparer arbitrairement les deux attributs de l'action : droit pécuniaire et droit d'administration (1) ; cela n'est pas plus possible que le fait, de la part d'un propriétaire d'un bien quelconque de céder irrévocablement à un tiers le droit d'administrer ce bien dans l'intérêt personnel de ce tiers, sans que pourtant la propriété lui en soit cédée. Il y a indivisibilité absolue entre le droit pécuniaire et le droit d'administration réservés à l'action ; tandis qu'il n'y a pas indivisibilité entre les deux droits pécuniaires attachés à cette action, le droit au dividende et le droit au partage de l'actif, au cas de dissolution : l'un peut être conféré à l'usufruitier, l'autre gardé par le nu-propiétaire.

148. Aliénation avec réserve d'usufruit. — Cette observation en amène une autre : puisqu'on peut constituer un usufruit sur l'action, ne serait-ce pas, à défaut

(1) La Cour de Poitiers, 4 juillet 1927 (S. 1927-2-137, note H. ROUSSEAU), a pourtant admis une dissociation des droits pécuniaires et du droit de vote attachés à l'action : la Société de filature et de tissage de Ligugé avait, dans l'article 11 de ses statuts, déclaré inopposable à la société toute transmission d'action nominative ou au porteur, non notifiée au conseil d'administration et agréée par lui, et une assemblée extraordinaire avait modifié cet article pour restreindre cette inopposabilité à l'exercice du droit de vote dans les assemblées : la Cour de Poitiers déclare valable cette modification statutaire.

de la cession directe du droit de vote, un moyen pour une société d'acquérir à bon compte des voix dans les assemblées d'une autre société : la société participante peut, semble-t-il, acquérir des actions de la seconde société avec réserve d'usufruit au profit de l'actionnaire primitif : Une pareille convention est absolument licite. Or, quelles que soient les hésitations qui se manifestent en doctrine et en jurisprudence sur la répartition du droit de vote entre nu-propriétaire et usufruitier de l'action (1), il y a un point certain : c'est que nu-propriétaire et usufruitier peuvent s'entendre pour conférer à l'un d'eux le droit de vote (2) ; même s'ils ne s'enten-

(1) Cette question est voisine de celle de la répartition du vote entre propriétaire et créancier gagiste. Or, la jurisprudence admet que le droit de vote appartient au propriétaire, sauf convention contraire. — Trib. comm. Alger, 17 nov. 84, *Rev. alg.*, 85-2-38 ; Lyon, 21 novembre 1894, *D. P.*, 95-2-478 ; si elle accorde le droit de vote au reporteur en Bourse, c'est qu'elle admet l'opinion d'après laquelle le reporteur est bien un véritable propriétaire du titre (théorie de la double vente) et non un créancier gagiste : Paris, 19 avril 1875, *D. P.*, 1875-2-161. Pour l'usufruitier, la question est, à vrai dire, plus délicate ; étant donné le fondement qu'on assigne au droit de vote (protection et accessoire nécessaire du droit pécuniaire attaché à l'action) l'usufruitier a, aussi bien que le nu-propriétaire, un intérêt à voter ; de plus, le vote étant, en principe, un acte d'administration, doit être exercé par l'usufruitier comme les autres actes d'administration ; c'est en ce sens qu'est fixée la jurisprudence la plus récente (*Rec. jur. soc.*, 1924-136 ; comp. Bruxelles, 21 nov. 1903, *S.* 06-4-11 ; *contra* Trib. comm. Alger, 17 nov. 1884, *J. S.*, 85-222) ; la doctrine est divisée : dans le sens du droit de vote du nu-propriétaire seul : LYON-CAEN, n° 845 ; ARTHUYS, n° 573 ; ROUSSEAU, I, n° 2326 ; M. WAHL propose (*S.* 10-4-2) d'attribuer un droit de vote concurrent à l'usufruitier et au nu-propriétaire ; son opinion paraît être la vraie ; la situation est comparable à celle des copropriétaires indivis d'une même ation ; toute distinction entre les droits respectifs de ces copropriétaires pour le vote est arbitraire ; force est donc pour eux de s'entendre pour désigner l'un d'eux ou un mandataire commun.

(2) En ce sens : Bruxelles, 21 nov. 1903 précité ; Liège, 14 juin 1905, *J. S.*, 1907-312. Ce dernier arrêt décide qu'au cas de désaccord, le tribunal pourra désigner un mandataire commun ; en pratique, c'est le juge des référés qui statuera, et pour la durée totale de l'usufruit (A. WAHL, *loc. cit.*, p. 2, 3^e colonne).

dent pas, comme il faut bien que soit exercé ce droit de vote, ils peuvent en charger un tiers qui sera leur mandataire et, comme tout mandataire, révocable au gré des mandants ou même de l'un d'eux ; en cas de désaccord absolu, ils pourront faire désigner par autorité de justice le mandataire chargé de voter.

Le plus souvent, la société qui acquiert la nue propriété d'actions traite avec de petits actionnaires, capitalistes modestes et peu désireux de participer effectivement aux délibérations des assemblées générales ; ces petits actionnaires peuvent, sans doute, toujours participer aux assemblées extraordinaires (art. 31 nouveau, al. 2) et peuvent se grouper pour désigner un mandataire commun aux assemblées ordinaires, s'ils n'ont pas le nombre d'actions requis par les statuts (art. 27, rédaction de 1893). Mais on sait bien qu'en pratique, ils se contentent très souvent d'envoyer un pouvoir en blanc, et que leur droit de vote sera ainsi utilisé par les dirigeants de la société. Si quelqu'un vient leur proposer de leur acheter, même à un prix très bas, leur droit de vote, ils en seront peut-être surpris, mais ils accepteront la plupart du temps sans difficultés. Une telle cession n'est pas possible en principe ; mais elle devient valable quand elle s'accompagne d'une vente de l'action avec réserve d'usufruit ; nu-propriétaire et usufruitier ont chacun intérêt à la bonne marche des affaires sociales ; comme ils ne disposent à eux deux que d'une seule voix, l'usufruitier, actionnaire primitif, donne mandat au nu-propriétaire, société acquéreur, de voter, tant en son nom personnel, qu'au nom de lui-même usufruitier. Le mandat conféré dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire est valable ; la juris-

prudence le considère comme irrévocable par le mandant seul ; cela fortifie singulièrement la position de la société nu-propriétaire, et distingue cette hypothèse de celle beaucoup plus simple où un actionnaire donnerait seulement mandat à la société qui le solliciterait, de voter à une assemblée déterminée ; dans notre cas, le mandat est perpétuel et irrévocable, et cette dérogation à tous les principes du mandat se justifie par l'intérêt personnel qu'a le mandataire à l'exécution du mandat (1).

Malgré ses avantages, ce procédé ne sera pas d'un emploi très fréquent : d'abord, si l'actionnaire consent facilement à renoncer à son droit de vote, il est souvent défiant à l'égard des représentants d'une puissante société qui viendront lui persuader de vendre son titre avec réserve d'usufruit ; ensuite, et surtout, ce procédé aboutit en définitive à l'acquisition d'actions en pleine propriété au décès de l'usufruitier ; c'est un moyen d'acquérir à meilleur compte la propriété de ces actions, avec l'avantage de voter tout de suite dans les assemblées générales ; mais c'est un moyen qui reste assez coûteux ; son emploi ne paraît pas s'être beaucoup répandu.

On peut aussi recourir au procédé moins coûteux, mais plus fragile, du report d'actions : la société-mère prend en report, peu de temps avant l'assemblée, le nombre d'actions qu'elle juge utile, elle exerce à l'assemblée le droit de vote afférent à ces actions (2).

149. D. Autres procédés destinés à acquérir la majorité des voix. — Il existe encore divers moyens détour-

(1) Cf. Amiens, 28 janvier 1892, S. 94-2-177 ; Req., 13 mai 1885, S. 87-1-220 ; — PLANIOL, II, n° 2257.

(2) Req., 3 février 1862, S. 1862-1-369 ; Req., 18 juin 1895, J. S., 1895-352 ; LYON-CAEN, n° 845.

nés dont peut user une société pour se créer une majorité dans les assemblées d'une autre société : tout d'abord, la masse des petits actionnaires qui se contentent d'envoyer un pouvoir en blanc pour profiter du minime avantage pécuniaire qu'il leur procure sous la forme de jetons de présence, grossit la majorité ou tout au moins le nombre de voix des dirigeants de la société, et le plus souvent, nous l'avons vu, la société qui veut acquérir ou conserver le contrôle est déjà administrateur de cette seconde société.

Dans les assemblées ordinaires, les petits actionnaires usent peu de la faculté de groupement qui leur est reconnue par l'article 4 de la loi du 1^{er} août 1893 ; dans les assemblées extraordinaires statuant sur d'autres modifications que le changement de nationalité, de forme ou d'objet, ou que l'augmentation des engagements des actionnaires, la majorité des deux tiers dans une assemblée réunissant le tiers des actions suffit, c'est-à-dire moins du quart des actionnaires ; si l'on tient compte de l'indifférence de beaucoup de petits actionnaires, et des procurations que bon nombre d'entre eux se contentent d'envoyer aux dirigeants de la société, ceux-ci peuvent, en fait, être tout-puissants en détenant à peine le quart du capital social. La société-mère peut ainsi, par le jeu normal des principes juridiques, et sans recourir à des procédés blâmables ou contestables, s'assurer la majorité au sein des assemblées de sa filiale. Il peut encore arriver, quoique cette pratique soit irrégulière et peu recommandable, que la société participante se fasse prêter par les petits actionnaires leurs titres, moyennant une légère rémunération : en recommençant cette opération avant chaque

assemblée, la société participante pourra augmenter sérieusement le nombre de ses voix : elle passera pour propriétaire des actions qu'elle présentera ; un pareil agissement peut constituer le délit de création de majorité factice (article 13 de la loi de 1867) ; mais les éléments du délit sont si difficiles à prouver qu'en l'espèce, les organes de la Société coupable seront à peu près assurés de l'impunité.

La jurisprudence a frappé avec juste raison d'autres agissements destinés à grossir la majorité des administrateurs : ceux-ci peuvent avoir un nombre d'actions très supérieur à celui qui assure le maximum statutaire de voix dans les assemblées générales ordinaires (art. 27, loi 1867) ; à la veille de l'assemblée, ils remettent une partie de leurs actions à des hommes de confiance, de façon à conférer à ceux-ci un droit de vote qu'ils exerceront comme ils l'auraient fait eux-mêmes, et à conserver pour eux le maximum statutaire de voix. C'est là une manœuvre destinée à violer les règles statutaires sur le calcul des voix : la Chambre civile a annulé la délibération prise dans ces conditions, sans rechercher si, en fait, ces manœuvres avaient créé une majorité factice (1). Cette manœuvre, inverse de la précédente, aboutirait au même résultat : ce serait un moyen pour une société participante de grossir artificiellement sa majorité dans les assemblées de la seconde société ; son caractère occulte la rend dangereuse, car il n'est pas toujours facile de prouver, pour les actions au porteur réparties par les administrateurs, l'existence de la remise à la veille de l'assemblée.

(1) Civ. rej., 31 déc. 1913, *Pal.*, 6 février 1914.

Il faut enfin signaler, pour en écarter l'emploi, la manœuvre que pourraient imaginer les membres du Conseil d'administration et qui consisterait de leur part, à se faire promettre par un groupe d'actionnaires de voter dans un certain sens, moyennant rémunération (1) : cet engagement est « contraire à la liberté et à la personnalité du vote, le considérer comme valable serait détruire le jeu normal de discussion dont l'assemblée a précisément pour mission de révéler le sens dominant ».

SECTION II.

Exercice de la majorité des voix ainsi acquises.

150. A. Restrictions fondées sur la théorie de l'abus du droit. — Lorsqu'une société acquiert par l'un des procédés qui viennent d'être indiqués, la majorité des voix dans les assemblées d'une autre société, elle peut s'en servir dans son intérêt personnel bien plus que dans l'intérêt de cette seconde société. Le jeu des principes individualistes qui triomphaient au début du siècle dernier voudrait même qu'il n'y eût aucune restriction à l'exercice du droit de vote ainsi acquis (2) : mais ici, comme en une foule d'autres matières, intervient comme frein à l'activité égoïste des titulaires de droits, ce qu'on appelle peut-être improprement « l'abus

(1) Trib. comm. Seine, 8 mars 1928, *Pal.*, 28-2-120.

(2) Comp. Req., 22 juin 1926, *R. S.*, 26, 370, *Gaz. soc.*, 26.480 : « les délibérations des assemblées générales, quand elles sont régulièrement prises, s'imposent aux actionnaires, et il n'appartient pas aux juges du fond, ni de les critiquer, ni de les modifier ». Mais les termes de cet arrêt ne doivent pas être pris à la lettre, car la jurisprudence comme nous allons le voir, utilise souvent l'idée d'abus du droit pour critiquer les délibérations. Cf. R. DAVID, *Protection des minorités. Thèse Paris*, 1928, p. 94.

des droits ». Nous n'avons pas à étudier dans son ensemble l'abus des droits ; rappelons seulement que l'intention de nuire, sur laquelle nombre d'arrêts ont fondé l'abus des droits en matière civile, peut rarement suffire en droit commercial à restreindre l'exercice des droits ; il faut découvrir un critérium objectif, qui donne sécurité dans les opérations commerciales. La jurisprudence exige que l'acte incriminé corresponde à une mauvaise utilisation du droit : elle rapproche l'abus du droit de ce détournement de pouvoirs dont la jurisprudence administrative a tiré si grand parti. C'est parce que le titulaire du droit l'a détourné de son véritable but qu'il a commis un acte socialement mauvais et qu'il engage sa responsabilité (1). L'abus du droit ainsi compris peut s'appliquer à l'exercice du droit de vote dans les sociétés par actions : le Tribunal de commerce de Lille, jugeant qu'un actionnaire, par exemple une société, peut avoir la majorité des actions de la société dont il fait partie et faire ainsi la loi dans les assemblées générales, prend soin d'ajouter que les décisions sont valables « sous réserve de l'abus du droit (2) ».

151. Exemples d'abus du droit de vote. — Précisons

(1) Comp. *B. G. B.*, § 826 : « celui qui volontairement nuit à autrui par des agissements contraires aux bonnes mœurs doit réparer ce dommage. » La jurisprudence allemande se fonde sur ce texte pour annuler les décisions d'assemblées générales contraires à l'intérêt de la société. Ex. Trib. d'Empire, 15 déc. 1902 (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 52-287), 1^{er} mai 1908 (*E. R. G. Z.*, 68-314), 10 nov. 1926 (*E. R. G. Z.*, 115-289), 19 nov. 26 (*E. R. G. Z.*, 115-246) et 1^{er} mars 1927 (*E. R. G. Z.*, 115-296). Comp. également article 74, alinéa 2 du projet franco-italien d'un Code unique des obligations : « Est également tenu à réparation celui qui cause un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son propre droit, les limites établies par la bonne foi ou par le but en vue duquel le droit lui a été reconnu. »

(2) Trib. comm. Lille, 3 décembre 1923, *J. S.* 1926-217.

le domaine d'application de l'abus du droit en notre matière : il faut supposer qu'il y a conflit d'intérêts entre la société détenteur de la majorité des voix et une minorité d'actionnaires, ce qui arrive très souvent ; et aussi que la société préfère son intérêt personnel à celui de la société où elle fait la loi. Qu'une majorité fasse voter des mesures qui lui sont utiles contre l'intérêt évident de la minorité, voilà qui n'a rien de particulièrement choquant : quand un tel danger apparaît avec évidence, le législateur a pris soin de doubler le vote de l'assemblée générale par celui d'une assemblée spéciale composée des actionnaires de la catégorie lésée (article 34 nouveau C. commerce). Normalement, il arrive toujours qu'il y ait des conflits d'intérêts entre actionnaires ; si on ne permettait pas à la majorité de faire la loi — sauf à exiger des chiffres un peu renforcés pour les délibérations graves (article 31 nouvelle rédaction de 1913) — on appliquerait purement et simplement l'article 1134 du Code civil, et il n'y aurait pas de droit des sociétés par actions. Il est donc normal qu'une société détenteur de la majorité des voix dans une seconde société se serve de cette majorité pour imposer les solutions qui lui sont favorables, malgré l'opposition des actionnaires de la minorité. Mais il est beaucoup moins normal que la première société fasse prendre des délibérations contraires à l'intérêt manifeste de la seconde société, en faisant prévaloir son intérêt personnel sur celui de cette seconde société ; autrement dit, il y a une séparation bien nette entre le cas où le vote obtenu par la société participante est conforme à l'intérêt de la seconde société et celui où il lui est contraire. Il est bien certain qu'un pareil critérium laisse subsister en

chaque espèce la question de savoir si la délibération était conforme ou contraire à l'intérêt social ; mais c'est là une difficulté de fait, et les juges pourront facilement se former une conviction d'après les éléments de la cause.

Voici deux exemples qui montrent l'opposition entre les deux sortes de délibération : une société anonyme des « Corsets Sirène » est constituée par fusion de deux établissements, l'un appartenant à Clapin, l'autre étant une « société anonyme Farcy et Oppenheim » en liquidation ; les liquidateurs de cette dernière société avaient reçu des actions des « Corsets Sirène », à charge de les répartir entre les ayants droit, parmi lesquels se trouvait Clapin, actionnaire de Farcy et Oppenheim. En assemblée générale de la société Farcy et Oppenheim, les liquidateurs, usant de la majorité qu'ils avaient acquise, font retarder la répartition des actions Corsets Sirène, et reçoivent pouvoir de voter avec ces actions dans les assemblées de la société nouvelle ; cette mesure causait préjudice à Clapin ; elle était prise dans l'intérêt des liquidateurs, mais la Cour de Paris a infirmé avec raison le jugement qui considérait cette mesure comme un abus du droit des liquidateurs : il n'y a pas abus de droit quand la délibération est prise dans l'intérêt général (1).

Voici un autre exemple où la solution contraire s'impose : il s'agit du cas très fréquent où une société centrale de capitaux s'est formée pour contrôler ou même

(1) Trib. comm. Seine, 17 décembre 1924, *D. H.*, 1925-282 ; Paris, 15 juillet 1925, *Rec. jur. soc.*, 1926-12 (note G. LARDEUR), *J. S.* 1925-509 et 1927-344 ; *R. S.* 1926-24. Le même principe était affirmé par le Tribunal de commerce, mais l'appréciation des faits était différente.

pour gérer directement plusieurs sociétés ayant des exploitations similaires ou voisines : un pareil organisme, connu sous le nom d'*omnium* en France, emprunté à la pratique anglaise des *holding companies* et que les Allemands désignent sous le nom pittoresque de *Dachgesellschaft* (société-toit), est l'une des formes les plus ordinaires de la concentration industrielle ; juridiquement, chacune des sociétés secondaires est une filiale de l'*omnium*. Or, il peut arriver que l'*omnium* ait intérêt à faire disparaître, ou tout au moins, à amoindrir une de ses filiales au profit d'une autre (1) ; l'*omnium* désirant acquérir à très bon compte la minorité d'actions d'une de ses filiales qui appartient encore à des tiers, ruine cette filiale par le jeu des lois économiques de la concurrence ; elle fait offrir au public par une autre de ses filiales la même marchandise à un prix plus bas, ou bien elle fait élever démesurément les prix par la première filiale maintenant les prix dans les autres ; quand les actions de la filiale ainsi sacrifiée sont à très bas prix, elle les achète pour remonter ensuite l'entreprise. C'est un procédé de spéculation, mais il est dangereux et blâmable : il permet d'édifier d'énormes fortunes au détriment d'actionnaires de la minorité, souvent ignorants des combinaisons financières qui s'élaborent contre eux. Aussi le droit vient-il protéger ces minorités ignorantes et impuissantes : M. Ripert a mis en lumière cet aspect

(1) L. MAZEAUD, *Thèse précitée*, p. 149, et R. S., 1924-193. Comp. l'exemple cité par R. DAVID, n° 60 : une société métallurgique de Prague acquiert la majorité des voix dans la société anonyme des charbonnages silésiens à Gottesberg ; elle fait immédiatement prendre des décisions qui lui sont favorables et qui vont manifestement à l'encontre de l'intérêt de la Société des charbonnages silésiens. Comp. CLAUDON, *Abus dans l'administration des sociétés par actions. Thèse*, 1926.

moral de « l'abus des droits (1) ». Il est aisé de deviner le parti qu'on en peut tirer en notre matière : le danger des « omniums » n'est qu'un exemple — le plus frappant peut-être — de cette lutte entre l'intérêt collectif des actionnaires et l'intérêt personnel de la majorité de ceux-ci ; et cette lutte n'est elle-même qu'un aspect des rapports entre le droit et la morale, « entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral qui lui incombe (2) ». Ce point de vue moral est en accord parfait avec le point de vue d'intérêt général, signalé plus haut : il est conforme à l'intérêt général que les droits ne soient pas détournés de leur destination, en particulier, que l'exercice du droit de vote ne devienne pas un moyen pour les gros actionnaires d'anéantir l'influence des petits, contrairement à la bonne marche des affaires sociales ; le recul de l'individualisme, c'est-à-dire de l'exercice égoïste et illégitime des droits, que se plaît à relever M. Demogue (3), coïncide avec le triomphe de la règle morale.

152. **Jurisprudence.** — La jurisprudence entre délibérément dans cette voie ; le Tribunal de commerce de la Seine a fait application de ces idées dans un jugement qui, malgré sa longueur, est très juridiquement motivé (4) : il s'agissait d'un vote de dissolution anti-

(1) G. RIPERT, *la Règle morale dans le Droit des Obligations*, n° 95, p. 160.

(2) R. SAVATIER, *Effets et fonctions du devoir moral. Thèse Poitiers*, 1916, p. 23.

(3) En particulier R. DEMOGUE, t. IV, n° 634, 679, sur l'aspect social de la théorie de l'abus des droits. Comp. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, n° 234.

(4) Trib. comm. Seine, 3 avril 1911 (Leval c/ Sté générale de la régie des chemins de fer). *J. S.*, 1911-431, note BOSVIEUX ; *R. S.*, 1912-258.

cipée par l'assemblée extraordinaire ; cette assemblée avait été tenue régulièrement en la forme, mais à la suite de manœuvres employées par les administrateurs pour tromper les actionnaires sur la gravité de la mesure à prendre : le Tribunal annule la délibération en précisant que la dissolution votée a été obtenue par le Conseil d'administration pour des raisons de personnes, et non dans l'intérêt social, et qu'une société anonyme doit rester le patrimoine de l'ensemble des actionnaires, sans devenir jamais la chose d'une majorité qui en userait à sa volonté comme de son propre patrimoine, sans souci de l'intérêt social distinct du sien propre. Le même Tribunal (1) avait déjà en 1909 rendu un jugement qui annulait une délibération prise dans leur intérêt personnel par les administrateurs disposant de la majorité, au détriment des actionnaires de la minorité ; la Cour de Paris l'avait confirmé par adoption de motifs ; mais il était moins net que celui de 1911, car il se retranchait derrière le principe ancien que la modification à la répartition des bénéfices exige l'unanimité ; principe qui a cessé d'être vrai depuis que les lois de 1902 et 1903 ont permis la création d'actions de priorité ; M. Houpin remarque avec raison (2) que la solution donnée par le jugement de 1909 manquerait de base, s'il n'était pas possible de l'appuyer sur l'abus du droit de vote par les administrateurs qui détiennent la majorité des voix ; il invoque l'autorité de M. Percerou qui, dans son commentaire de la loi de 1903, réserve à

(1) Trib. comm. Seine, 22 juillet 1909, *J. S.*, 1910-90, note H. BOUVIEUX ; Paris, 16 février 1911 (adoption de motifs), *J. S.*, 1911-274, note HOUPIN (Sté industrielle d'articles d'éclairage).

(2) *J. S.*, 1911-277.

la minorité lésée, indépendamment des garanties légales consistant en la tenue d'assemblées spéciales, la possibilité de demander, suivant les circonstances, la nullité de la délibération prise abusivement par la majorité (1). La plupart des auteurs ont suivi M. Perceyrou ; ils proposent d'appliquer purement et simplement ici les principes de l'abus du droit (2) ; M. Wahl paraît cependant tenir pour le pouvoir souverain de l'assemblée générale (3) ; mais il reconnaît que la jurisprudence « pourra se voir obligée d'invoquer cette prétendue fraude, pour ne pas laisser debout des délibérations par trop scandaleuses ».

On peut donc prévoir un assez large développement de la théorie de l'abus du droit, qui restreindra le libre exercice de la majorité acquise par une société dans les assemblées d'une autre société. On protégera ainsi les minorités ; ce sera un moyen utile de renforcer le sys-

(1) J. PERCEYROU, *J. S.*, 1907-107 à 109 ; E. THALLER, *J. S.*, 1912-483.

(2) G. BOURCART, *Ann. dr. comm.*, 1914-352 ; DECUGIS, *Sociétés par actions*, 6^e éd., n^o 345, et *J. S.*, 1925-481 et suivants ; LECOUTURIER, *Loi de 1913*, p. 44 ; MALÉCOT, *Vote plural*, p. 157 ; H. MAZEAUD, *Vote privilégié*, p. 100.

(3) A. WAHL, *J. S.*, 1914-90. D'après lui, il ne peut y avoir abus du droit, parce que l'actionnaire qui vote, le fait toujours dans son intérêt ; « il n'y a abus du droit que si on se sert de son droit uniquement pour nuire à autrui, ou tout au moins, dans le but de causer à autrui un préjudice grave, insuffisamment compensé par un très léger profit que l'on se procure à soi-même ». Mais M. Wahl paraît ici considérer la théorie de l'abus du droit comme essentiellement subjective, et tenir compte de l'inutilité, uniquement du point de vue de l'auteur de l'acte ; or, sans méconnaître l'importance de cet élément subjectif, il nous semble que l'idée de l'abus du droit est bien plus féconde, quand on la fonde sur une considération d'intérêt général, ou, si l'on veut, sur une idée de mauvaise utilisation du droit, non conforme à la destination de celui-ci, comparable à ce que le droit administratif réprime, sous le nom de détournement de pouvoirs. Or, la décision de l'assemblée générale doit être prise en conformité de « l'intérêt collectif plus ou moins bien compris », mais en tout cas pas contre lui ; la méconnaissance de ce principe constitue l'abus du droit (G. BOURCART, *Ann.*, 1914-352 ; LECOUTURIER, *Loi de 1913*, p. 47).

tème de protection légale édicté par l'article 34 nouveau du Code de commerce, qui consiste en la tenue d'assemblées spéciales des actionnaires de la catégorie lésée.

153. B. Protection des minorités par l'article 34 du Code de commerce. — La loi du 9 juillet 1902, modifiant l'article 34 du Code de commerce, autorise la création d'actions de priorité ; mais, au cas où la délibération comporte une modification « aux droits attachés à une catégorie d'actions », elle subordonne l'efficacité de cette délibération à sa ratification par une *assemblée spéciale* des actionnaires de la catégorie lésée (art. 34, al. 4 C. comm.).

La tenue d'une assemblée spéciale n'est-elle exigée par la loi, qu'au cas de création d'actions de priorité ; ou bien, au contraire, devient-elle nécessaire chaque fois qu'il y a modification quelconque aux droits attachés à une catégorie d'actions ? Ce second point de vue paraît le plus conforme à la logique et à l'équité (1) : il est désirable d'étendre un système de protection qui, s'il n'est pas absolument souverain, reste une entrave à l'omnipotence de l'assemblée générale ; le texte de l'article 34 nouveau n'y apporte aucune objection définitive (2). Cette solution est du reste conforme aux travaux préparatoires de la loi de 1903 (3), ainsi qu'à

(1) J. PERCELOU, *J. S.*, 1907-98 et suiv.

(2) Bien au contraire, la loi du 16 novembre 1903, comme la loi du 9 juillet 1902, ne dit pas : « la décision de l'assemblée générale... », mais : une décision ; comme le remarque M. BOURCART (*Ann. dr. comm.*, 1914, 104), un tel argument d'interprétation littérale, peu solide en lui-même, donne ici quelque appui à une solution utile.

(3) Rapport Cruppi à la Chambre des députés, 30 mars 1903 : «... l'expression de modifications doit être entendue dans son sens le

l'origine même de l'institution d'assemblées spéciales : en effet, l'idée des assemblées spéciales est empruntée par notre législation à l'article 275 al. 3 du Code de commerce allemand ; or, en Allemagne, les assemblées spéciales jouent chaque fois qu'une catégorie d'actions est directement lésée par une délibération de l'assemblée générale (1) : c'est bien notre cas ; l'origine allemande de l'article 34 al. 4 autorise un argument d'analogie pour étendre le domaine des assemblées spéciales.

Il y a donc lieu de tenir une assemblée spéciale des actionnaires de la minorité, quand la société qui détient à elle seule la majorité prétend leur imposer une mesure qui modifie leurs droits : par exemple, il faut une assemblée spéciale des actionnaires ordinaires quand les sociétés-administrateurs veulent obtenir une augmentation statutaire des tantièmes qui leur sont attribués en considération de leur fonction ; il y a « modifications aux droits attachés à une catégorie d'actions » ; le mot *catégorie* doit s'entendre dans un sens large : il y a des catégories différentes d'actions chaque fois qu'il y a une différence quelconque de traitement entre actionnaires, susceptible d'amener des conflits d'intérêts entre eux.

Lorsque tous les actionnaires ont le même intérêt, une décision prise par l'assemblée générale n'est pas suspecte, au premier abord ; il en est autrement quand la majorité veut imposer à une minorité d'actionnaires

plus large, elle vise notamment l'émission de nouvelles actions privilégiées de rang supérieur ou égal aux anciennes (*J. O.*, 31 mars 1903, p. 1488). APPLETON, *Assemblées générales*, n° 159 ; BOURCART, *Assemblées générales*, p. 292.

(1) LEHMANN, *Handelsrecht*, 2^e éd., p. 447 ; COSACK (trad. française par Mis.), t. III, p. 199 ; STAUB'S, *Kommentar*, 8^e éd., p. 943.

de catégorie différente des mesures contraires à leur intérêt : cette idée, qui domine la matière des assemblées spéciales, était admise déjà par la jurisprudence belge avant 1913, comme en France avant 1902, en l'absence de disposition légale sur les assemblées spéciales (1).

Seulement, à défaut d'un texte précis, on n'aurait que le choix entre deux solutions : ou bien, admettre que l'assemblée générale extraordinaire peut voter dans les conditions de l'article 31 de la loi de 1867 toutes modifications autorisées par la loi de 1913 pour les sociétés postérieures à cette loi, certaines modifications sur la base de la loi de 1903 pour les sociétés antérieures à la loi de 1913 ; et cela sans que les actionnaires de la minorité aient d'autre ressource que l'application éventuelle de l'abus du droit contre les actionnaires de la majorité. Ou bien reconnaître, comme on le faisait avant 1902, que chacun des actionnaires de la minorité conserve le droit de s'opposer au vote qui lèse ses droits, c'est-à-dire considérer que le maintien de la situation faite par les statuts à un actionnaire d'une certaine catégorie (ce mot étant employé dans le sens très large indiqué plus haut) est un droit propre de cet actionnaire.

Au premier cas, on donnerait pleins pouvoirs à une majorité qui serait tentée de faire prévaloir son intérêt personnel sur toute autre considération ; avec la seconde interprétation, on permettrait à une seule mauvaise

(1) Bruxelles, 23 février 1910, *J. S.*, 1911-307. Cf. CORBIAU, *R. P. S. B.*, 1896-229 ; PIRMEZ, *R. P. S. B.*, 1891-282. L. RYCX, *Soc. anon.*, I, p. 454. Cet auteur marque la différence entre le système ancien, fondé sur « le respect des droits acquis », et le système des assemblées spéciales consacré par l'article 71 de la loi belge de 1913.

volonté d'entraver des décisions qui peuvent être conformes à l'intérêt social : le système des assemblées spéciales établit un juste milieu en substituant le droit du groupe des actionnaires lésés (*Gattungsrecht*) au droit individuel de chacun d'eux (*Sonderrecht*) (1).

154. Domaine des assemblées spéciales. — Certains auteurs veulent restreindre l'application de l'article 34, au cas où existent déjà plusieurs catégories d'actions, lorsqu'on modifie les droits attachés à l'une d'elles ; d'après eux, l'assemblée spéciale ne doit pas être convoquée quand l'assemblée générale extraordinaire crée plusieurs catégories parmi les actionnaires ayant jusque-là des droits égaux ; c'est jouer sur la lettre du texte pour admettre une arbitraire distinction entre deux situations tout à fait comparables ; aussi ces auteurs se séparent-ils lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles a lieu la création de catégories : tandis que M. Wahl se prononce, non sans quelque regret, pour le pouvoir absolu de l'assemblée générale (2), MM. Houpin et Bosvieux exigent l'unanimité des actionnaires pour consentir cette mesure qui rompt l'égalité entre eux (3) ; telle est aussi l'opinion de M. Cordonnier (4). Il paraît préférable d'admettre, avec M. Bourcart (5), que le système des assemblées spé-

(1) G. BOURCART, *Ann. dr. comm.*, 1914, 104. Comp. au point de vue législatif les dispositions nouvelles de la loi du 25 janvier 1929 sur les groupements de parts bénéficiaires (art. 1^{er}, 10, 13).

(2) A. WAHL, *J. S.*, 1914, 90.

(3) HOUPIN et BOSVIEUX, 5^e éd., n° 1023 ; 6^e éd., n° 1349.

(4) P. CORDONNIER, *J. S.*, 1924, 435 ; également LACOUR et BOUTERON, n° 619, note 2.

(5) G. BOURCART, *Assemblées générales*, n° 72 ; Cf. dans le même sens : THALLER, *Manuel*, n° 690, et PIC, n° 820.

ciales s'applique également, quand il n'existait auparavant qu'une seule catégorie d'actions : toute différence de traitement entre les actionnaires lésés qui jusqu'alors avaient des droits égaux à ceux des autres et ceux qui déjà formaient une catégorie distincte est difficile à justifier (1).

155. Comparaison entre les deux moyens de protection des minorités. — Quelle est l'utilité de l'abus du droit en présence de ce système légal de protection ; peut-il s'ajouter à lui, ou bien a-t-il un domaine tout différent ? Le système des assemblées spéciales, même avec l'interprétation la plus extensive de la loi de 1903, suppose nécessairement l'existence antérieure ou la création par l'assemblée générale de catégories d'actionnaires : il a donc un domaine assez limité ; en particulier, pour reprendre les exemples cités plus haut, un vote de dissolution anticipée pris par la majorité pour évincer des actionnaires qu'elle juge indésirables, ne crée pas deux catégories d'actionnaires, et ne modifie pas les droits attachés à une catégorie d'actions ; il en est de même de la délibération par laquelle une société-mère détenant la majorité des actions d'une de ses filiales fait décider une hausse excessive des prix qui amènera la ruine de cette filiale, dont elle acquerra les autres actions à très bas prix ; de telles décisions sont de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire au premier cas, ordinaire au second, sans qu'il y ait lieu de faire ratifier la délibération par aucune assemblée spéciale.

(1) Toutefois, un arrêt de la Cour de Lyon, 20 mai 1911, *J. S.*, 1912-306, se prononce dans le sens de MM. Houpin et Bosvieux.

Les actionnaires lésés ont alors l'action délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil, dont l'exercice sera facilité par le large développement donné par la jurisprudence à l'idée de l'abus des droits. C'est une action purement individuelle (1) qui sera intentée par chaque actionnaire lésé, à ses risques et périls.

Ce caractère individuel de l'action pour abus du droit lui donne une application plus large qu'au remède préventif des assemblées spéciales : ce n'est pas une garantie collective et préalable, c'est une réparation individuelle. Aussi subsiste-t-elle même au cas où l'assemblée spéciale a ratifié la décision de l'assemblée générale ; seulement, en ce cas, l'exercice de l'action est bien plus périlleux que lorsqu'il s'agit d'attaquer une mesure ne donnant pas lieu à la tenue d'une assemblée spéciale. Il appartient au demandeur à l'action, non seulement de prouver l'abus commis par la société qui détient la majorité des voix, mais de montrer en quoi la mesure votée lui porte préjudice, à lui personnellement, alors que la majorité des actionnaires qui font partie de la même catégorie que lui ont cru devoir la ratifier en assemblée spéciale.

(1) Cf. H. DECUGIS, *J. S.*, 1925, 492.

CHAPITRE III

Des moyens dont peut user une société pour se protéger contre l'intrusion d'une autre société.

156. **Position du problème.** — Jusqu'ici, l'intervention d'une société dans les assemblées générales d'une autre société a été examinée uniquement du point de vue de la société participante : celle-ci veut s'assurer une majorité dans les assemblées de la seconde société.

La même question peut se présenter sous un aspect tout différent, qui est l'inverse du précédent : une société peut avoir des raisons sérieuses pour désirer se protéger contre l'intrusion d'une autre société : raisons égoïstes de la part des actionnaires primitifs ; raisons surtout d'intérêt social, pour assurer la continuité dans la direction de l'entreprise ; raisons enfin d'économie nationale, lorsque la société envahissante est de nationalité étrangère.

On va donc considérer ici le point de vue de cette société qui lutte contre l'intrusion d'actionnaires ou d'associés indésirables, et spécialement contre celle d'une puissante société rivale. C'est un aspect négatif

de l'*intuitus personæ*, très judicieusement signalé par M. Bourcart (1) : les associés primitifs fortifient leurs liens en se prémunissant contre l'envahissement des tiers. Il s'agit donc de mettre en œuvre des moyens juridiques assez puissants pour annihiler ou au moins réduire l'effet de ceux dont une société peut se servir pour acquérir la majorité (2). Il faut étudier ces moyens, puis en examiner les conditions d'application au cas le plus délicat et le plus intéressant, celui de l'intrusion de sociétés étrangères.

SECTION I.

Solutions générales de la question.

157. A. Sociétés de personnes. — Le moyen le plus efficace pour une société de se protéger contre l'intrusion de nouveaux associés est évidemment l'adoption d'une des formes civiles, en nom collectif ou en commandite simple. Les mêmes raisons qui empêchent une société d'avoir une influence prépondérante dans une autre société constituée sous l'une de ces formes (3) recommandent l'emploi de ces formes à la société qui désire éviter l'emprise ultérieure de nouveaux associés. La proportion d'intérêts, la répartition des voix sont définitivement fixées ; cette stabilité convient fort bien au cas de la société-mère qui a constitué une filiale dans laquelle elle a une situation prépondérante : la société-mère conservera sa position mieux qu'elle ne fe-

(1) G. BOURCART, De l'« *Intuitus personæ* ». J. S., 1927 (13 et suiv.).

(2) *Suprà*, chap. II.

(3) *Suprà*, n° 181.

rait dans une société de capitaux. Elle convient également au cas d'une société constituée par plusieurs autres sociétés : aussi les premiers cartels-sociétés étaient-ils des sociétés de personnes et non de capitaux.

L'immutabilité des membres des sociétés par intérêt est une règle absolue de ces sociétés ; sans doute, les statuts peuvent admettre la transmission par décès (art. 1868 C. civil) ; et même prévoir la cession d'une part sociale ; mais, dans le silence des statuts, le consentement unanime est nécessaire pour opérer la cession à l'égard de la société (art. 1861 C. civil) et on peut se demander si, en pareil cas, il n'y a pas dissolution et création d'une société nouvelle (1).

158. Sociétés à responsabilité limitée. — Les mêmes avantages se retrouvent, mais à un moindre degré, dans la société à responsabilité limitée. On considère souvent cette forme de société comme une société de personnes à la limite des sociétés par actions (2) : il serait peut-être plus juste d'y voir une société de capitaux, dans laquelle l'*intuitus personæ* a une plus large place que dans les sociétés par actions (3) : en effet, l'article 28 de la loi de 1925 précise que chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales

(1) LÉON LACOUR, *J. S.*, 1913-93, dans le sens de la création de la nouvelle société ; *contra* (mais au point de vue fiscal), Civ. cass., 16 déc. 1919, *J. S.*, 1920-38.

(2) En ce sens : J. HÉMAR, n° 302 ; A. CHÉRON, *Ann. dr. comm.*, 1925-215.

(3) En ce sens : G. BOURCART, *J. S.*, 1927-540 et suiv. et *J. S.*, 1925-532 et suiv. Il ne faut pas oublier que la S. R. L. est un emprunt fait par notre législation au droit allemand (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) : or, l'un des commercialistes allemands les plus réputés n'hésite pas à qualifier la G. m. b. H. de « variété de société anonyme » (COSACK, trad. Mis, III, p. 267) ; — comp. HOUFIN et BOSVIEUX, 6^e éd., n° 1557.

qu'il possède ; c'est le principe des sociétés de capitaux (proportionnalité du nombre des voix à l'importance du capital engagé) (1), et non des sociétés de personnes, où l'on vote par tête, sauf clause contraire des statuts.

Il est vrai que les articles 21, 22 et 23 qui réglementent la forme des titres et leur cession, rapprochent la société à responsabilité limitée d'une société par intérêt : les parts sociales ne sont cédées que selon les formes de l'article 1690 du Code civil ; quand la cession a lieu au profit d'un étranger à la société, il faut le consentement de la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social (2) ; mais nous verrons que de telles stipulations pourraient fort bien être insérées dans les statuts d'une société par actions ; ce n'est donc pas une raison pour ranger la société à responsabilité limitée parmi les sociétés de personnes ; de toutes façons, le lien entre associés est plus relâché que dans les sociétés par intérêt : la loi prévoit l'introduction d'un étranger dans la société, elle fixe seulement à cette introduction des conditions rigoureuses ; mais la situation n'est pas comparable à celle des sociétés par intérêt, où le moindre changement dans le personnel des associés peut avoir pour effet de dissoudre cette société pour en créer une nouvelle. Aussi est-il probable que le développement considérable des sociétés à responsabilité limitée se réalisera aussi bien au détriment des sociétés par actions que des autres. L'existence de la société à responsabilité limitée n'est pas la condamnation définitive de la société en nom collectif : celle-ci

(1) Sauf la possibilité de créer des parts de valeur inégale à droit de vote égal, une manière de vote privilégié. V. *suprà*, n° 143.

(2) PIC et BARATIN, La part sociale dans les S. R. L. R. S., 1926-125.

convient à ceux qui veulent un *intuitus personæ* plus accentué encore que celui prévu par l'article 22 et l'article 23 de la loi de 1925. Pourtant, on peut dire que les garanties fournies par ces articles sont déjà assez sérieuses pour déterminer beaucoup d'industriels à adopter la forme nouvelle de société, plutôt que la société en nom collectif, en raison de la limitation de responsabilité qu'elle leur procure. On peut même considérer la société à responsabilité limitée comme le type qui convient le mieux aux ententes industrielles, parce qu'elle réunit à la fois les qualités de limitation de responsabilité et de protection contre l'intrusion d'associés étrangers; une société-mère peut également fonder une filiale sous cette forme, avec la certitude de maintenir sa position prépondérante sans employer tout l'appareil des sociétés anonymes, et tout en évitant la responsabilité indéfinie qui pèserait sur elle, si sa filiale était une société en nom collectif (1).

159. B. **Vote privilégié.** — Le vote privilégié est une arme à double fin : nous avons étudié son emploi par la société participante qui veut acquérir la majorité du capital de celle-ci (2) : il sert aussi à la société qui veut se protéger contre l'intrusion des tiers (3). Voici comment : dans une société par actions ordinaire, dont les statuts n'ont pas prévu les clauses d'agrément dont nous aurons bientôt à nous occuper, les actions sont transmissibles sans formalités spéciales ; il est donc à craindre qu'un

(1) De plus, la S. R. L. bénéficie d'un régime de faveur au point de vue fiscal (exemption au profit des gérants). Article 42, loi 7 mars 1925.

(2) V. *suprà*, n° 138 à 144.

(3) V. notamment G. BOURCART, *J. S.*, 1927-529; J. ESCARRA, *Ann. dr. comm.*, 1927-5.

tiers, spécialement une autre société, n'arrive à s'introduire dans la société, et à y acquérir une situation prépondérante ; c'est d'autant plus dangereux qu'elle peut le faire à l'insu des dirigeants actuels par des achats d'actions au porteur. Mais, s'il existe des actions à vote plural réparties entre les dirigeants actuels de la société, ceux-ci, avec un capital relativement faible, gardent la majorité, et ne craignent plus l'intrusion des tiers. Il est vrai que le remède est dangereux, et que les administrateurs notamment ont trop souvent tendance à se fier à cette majorité facile pour être moins diligents ou moins scrupuleux ; mais le remède est efficace ; on sait entre les mains de qui sont les actions à vote privilégié, puisque, dans le projet gouvernemental qui sera sans doute adopté, la forme nominative est obligatoire ; les surprises ne sont donc plus à craindre ; et même, une société étrangère aura quelque peine à acquérir ces actions qui seront en général soigneusement gardées par les dirigeants de la société (1) ; elle n'aura donc d'autre ressource que d'acquérir des actions ordinaires, qui ne lui conféreront qu'un droit de vote minime : l'influence étrangère ne sera pas à redouter (2).

(1) Pour le cas où les actions à droit de vote privilégié ne seraient pas conservées par leurs détenteurs, on peut insérer dans les statuts une clause restrictive de la transmissibilité (v. plus loin n° 160 et suiv.). On peut aussi réserver un droit de souscription par préférence aux actionnaires à droit de vote privilégié, au cas d'émission de nouvelles actions de cette catégorie. Cf. ESCARRA, *Ann.*, 1927-6.

(2) Le projet de Code de commerce italien de 1925 prévoit (art. 170) la création d'actions à droit de vote limité : sans supprimer complètement le droit de vote de ces actions, on le limite à certaines délibérations de l'assemblée extraordinaire ; on accorde en revanche aux actionnaires de cette catégorie des avantages pécuniaires, plus le droit de demander la nullité de l'assemblée où ils n'ont pas été admis, de demander une enquête judiciaire sur l'administration de la société et la révision judiciaire du bilan. On arrive ainsi aux mêmes résultats

160. C. Restriction à la transmissibilité des actions. — Dans les sociétés par actions, la part sociale est transmissible : on considère en général que l'action est caractérisée par la réunion de la transmissibilité et de la limitation de responsabilité (1). La transmissibilité répond bien aux besoins pour lesquels se créent les sociétés anonymes : la plupart des souscripteurs à l'épargne de qui on fait appel sont contents de pouvoir ultérieurement se retirer de la société sans obstacles ; ils se sont engagés à verser immédiatement soit le premier quart, soit la totalité du montant de leurs actions, et à répondre au premier cas du non-versé dans les conditions de l'article 3 de la loi de 1867, mais non pas à rester indéfiniment actionnaires. Ce principe a même paru tellement essentiel que la jurisprudence considère aujourd'hui les modifications aux statuts limitant la libre transmissibilité des actions, comme augmentant les engagements des actionnaires (2) ; si les sta-

qu'avec le vote plural : comme la loi prévoit expressément la possibilité de réserver les actions ordinaires (munies du droit de vote) à une catégorie d'actionnaires, les statuts peuvent de la sorte réserver le vote aux assemblées générales, aux fondateurs ou aux administrateurs, et le procédé paraît singulièrement commode aux sociétés-mères qui veulent s'assurer, sans aucun risque de le perdre, le contrôle de leurs filiales.

(1) L. FRAISSAINGEA, Le double critérium de l'action. *Ann. dr. comm.*, 1914, p. 5 et suiv.

(2) Trib. civ. Seine, 21 janvier 1925 : *Rec. jur. soc.*, 1926-19 ; *J. S.*, 1925-652 ; *R. S.*, 1925-481 (Cercle artistique et littéraire c/ Sté immobilière de Saint-Arnaud). Rouen, 3 janvier 1923. *Rec. jur. soc.*, 1924-17 ; et sur pourvoi : Req., 2 janvier 1924. *S.* 1924-1-225. *D. H.*, 1924-61 (Rizeries françaises). Comp. Tr. comm. Seine, 4 mars 1926 (Sté Tôlerie industrielle) *Gaz. soc.*, 1926-360 ; M. ESMEIN (*S.* 24-1-225) et M. BOSVIEUX (*J. S.*, 25-83) critiquent cette jurisprudence : une restriction des droits n'est pas, d'après eux, une augmentation des engagements au sens de la loi de 1913. Comp. G. BOURCART, *Ann.*, 1914-258. Mais il semble bien pourtant que la clause modificative des statuts qui, en fait, empêcherait l'actionnaire de se défaire de son action serait une véritable aggravation de ses engagements, puisqu'elle aurait pour ré-

tuts n'apportent aucune restriction au droit pour l'actionnaire de vendre librement ses actions, l'assemblée générale extraordinaire n'a pas qualité pour imposer plus tard une restriction quelconque, à moins de réunir l'unanimité des actionnaires : cette interprétation sévère est tout à fait dans la logique de l'article 31 § 1^{er} de la loi de 1867 (rédaction de 1913). Mais, s'il est impossible de modifier, au cours de l'existence de la société, les statuts dans un sens de restriction à la libre transmissibilité que ceux-ci n'avaient pas prévu, il est permis, lors de la confection des statuts, d'y insérer une clause restrictive ; les souscripteurs sauront à quoi ils s'engagent ; une pareille clause n'a rien d'illicite ; en l'absence de texte prohibitif, on doit en admettre l'existence par application du principe de liberté des conventions (art. 1134 C. civ.). La pratique en offre de nombreux exemples. Sans doute, l'introduction de pareilles clauses dans les statuts était bien plus nécessaire avant 1925 qu'aujourd'hui, puisque les sociétés par actions étaient les seules qui procuraient aux sociétés l'avantage de limiter leur responsabilité ; à l'heure actuelle, on peut constituer des sociétés puissantes qui procurent, à la fois limitation de responsabilité et restriction à la transmissibilité des parts, en adoptant la forme réglementée par la loi du 7 mars 1925. Il n'en est pas moins vrai qu'on peut encore avoir intérêt à constituer des sociétés anonymes avec clauses restrictives de la transmissibilité des actions : d'abord, il faut compter

sultat d'engager l'actionnaire à rester malgré lui, indéfiniment actionnaire. Les critiques de M. Esmein et de M. Bosvieux sont reprises contre la jurisprudence fixée par l'arrêt des Requêtes du 2 janvier 1924 dans la *Thèse* de R. DAVID, n^{os} 105 à 106, et dans l'article de M. ESCARRA, *Ann.*, 1927-7.

avec la défiance de certains praticiens, à l'encontre de toute forme nouvelle ; pour ceux-là, mieux vaut un moule éprouvé comme celui de la société anonyme, qu'une forme dite à responsabilité limitée, dont on n'a pas encore définitivement fixé en jurisprudence les caractères (1). Puis surtout, on peut, avec la société anonyme, partir du principe légal de la transmissibilité générale et absolue pour doser soigneusement les clauses restrictives, tandis que, dans la société à responsabilité limitée, les règles fixées par les articles 21, 22 et 23 sont impératives, en ce sens qu'elles constituent un minimum de protection légale contre l'intrusion des étrangers dans la société. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que l'introduction de la société à responsabilité limitée n'ait pas été une innovation très utile dans notre droit : l'expérience qui en avait été faite pendant 6 ans dans les départements désannexés d'Alsace et de Lorraine en avait montré l'intérêt ; les praticiens la réclamaient ; elle se constitue plus simplement que la société anonyme ; son fonctionnement est plus souple ; elle permet à des groupements familiaux, ou intimes, d'éviter la responsabilité indéfinie qui pèse sur les associés en nom collectif. Mais les articles 21, 22 et 23 ne font qu'ériger en principe absolu et impératif ce qu'on peut librement et avec mesure convenir dans les statuts des sociétés par actions (2).

(1) Notamment, il subsiste des incertitudes sur le caractère d'application de l'article 8 de la loi nouvelle, qui déclare les associés tenus solidairement vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature : est-ce une présomption de faute ? (DROUETS, 2^e éd., n° 114 ; LEPARGNEUR, *J. S.*, 1925-292) ou une obligation de garantie ? (Pior, n° 10). *Comp. B. S. E. L.*, 1926-244 (rapp. DROUETS).

(2) Il est intéressant de noter, à ce point de vue, que l'auteur qui

161. Exigence de la forme nominative pour tous les titres. — Il y a toute une gamme de ces clauses restrictives de la transmissibilité des actions ; voici les principales :

1° On se borne à exiger la forme *nominative* pour toutes les actions : les titres au porteur présentent le double inconvénient de se transmettre par simple tradition et de laisser ignorer le nom du nouvel actionnaire ; en sorte qu'une société peut, par des achats d'actions au porteur habilement pratiqués, détenir un gros paquet d'actions d'une autre société à l'insu des dirigeants de celle-ci. Il en est de même, dans une moindre mesure, du titre à ordre, transmissible par endossement. Il est bien certain que la forme nominative s'impose dès que la considération de la personne des actionnaires entre en ligne de compte pour retenir les uns, éviter l'intrusion des autres. La condition est nécessaire ; elle est rarement suffisante : on l'accompagne d'autres mesures plus efficaces.

162. Système de blocage des titres au porteur. —

2° On peut parfois maintenir la forme au porteur, mais en l'accompagnant d'un *système de blocage* qui puisse en permettre le contrôle (1) : c'est un moyen

avait avant 1925 étudié avec le plus de soin les restrictions à la transmissibilité des actions, M. ESCARRA (*Ann. dr. comm.*, 1911-333 et suiv., 425 et suiv.), trouvait satisfaisant le régime français de la société anonyme assouplie par la pratique des clauses d'agrément et de préemption : il émettait l'avis, en manière de conclusion, que l'introduction en France d'une forme nouvelle calquée sur la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* « ne semble pas souhaitable chez nous ».

(1) J. ESCARRA, *Ann. dr. comm.*, 1911-339, 352 et suiv. ; G. BOURCART, *J. S.*, 1927-526 ; — V. un exemple intéressant cité dans la première de ces études, p. 536 : Sté de Régie cointéressée des Tabacs du Maroc.

tout différent, puisque l'action au porteur subsiste avec toutes ses conséquences ; mais les actionnaires au porteur forment un groupement qui peut être, selon les clauses de leur contrat et le but poursuivi par leur groupement, une société civile, un syndicat, une société en participation, une association ou même un contrat ne répondant à aucune des formes de groupement réglementées par la loi ; le groupement peut ne comprendre qu'une partie des actionnaires au porteur qui sont liés par un intérêt commun ; il ne fonctionne utilement que si ses membres s'engagent les uns envers les autres à n'aliéner leurs titres que dans telles ou telles conditions prévues par le contrat ; un pareil groupement peut d'ailleurs comprendre aussi bien des titulaires de titres nominatifs que des porteurs d'actions : il est toujours un moyen détourné de limiter la transmissibilité des actions, par conséquent, d'empêcher des tiers indésirables de pénétrer trop facilement dans la société.

163. **Clauses de préemption.** — 3° Un moyen très efficace d'assurer le maintien des actions entre les mains des actionnaires primitifs est l'insertion dans les statuts d'une *clause de préemption* (1) : si l'actionnaire veut vendre son action, il y a droit de préemption, soit au profit de la société, soit au profit du conseil d'administration dans les sociétés anonymes ou du gérant dans les commandites par actions, soit au profit des action-

(1) *Ann. dr. comm.*, 1903-303 et suiv. (étude sur le droit de préemption). J. ESCARRA, *loc. cit.*, p. 345 et suiv. ; MOLIERAC, *R. S.*, 1925-441 ; G.-G. LAGARDE, *R. Cr.*, 1928-102 et suiv. ; — Req., 13 mars 1882, *S.* 83-1-327 ; Req., 14 mai 1895, *J. S.*, T. comm. Seine, 9 avril 1894, *J. S.*, 95-224 (Magasins du Louvre) ; Douai, 11 juillet 1895, *J. S.*, 96-5.

naires qui auront manifesté le désir d'acheter éventuellement les actions disponibles.

La clause de préemption au profit de la société doit préciser que le rachat par la société de ses propres actions se fera à l'aide des réserves facultatives, et non au moyen du capital social ou de la réserve légale, ce qui aboutirait à une réduction illicite du capital social au détriment des créanciers sociaux (1). Au contraire, la clause de préemption au profit du gérant ou des administrateurs (2), et au profit des actionnaires en général (3) ne soulève aucune objection de cette nature. Cela ne veut pas dire qu'elle soit valable sans aucune restriction; il y a deux conditions principales :

a) On doit fixer *un délai* dans lequel s'exercera le droit de préemption; passé ce délai, il faut considérer que le bénéficiaire de ce droit n'a pas l'intention d'en user, et l'actionnaire pourra librement céder son titre : le silence prolongé de la personne en faveur de qui

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 464; à moins de satisfaire aux conditions légales requises pour la réduction de capital (délibération de l'assemblée générale extraordinaire et mesures de publicité); THALLER et PIC, n° 1156 et suiv.; ESCARRA, *loc. cit.*, p. 443. Cet auteur cite comme exemple de statuts prévoyant la préemption au profit de la société, le cas de la société anonyme des Grands Magasins du Louvre (article 17 des statuts), cet article prévoit, au cas de rachat par la société, l'accomplissement des publications légales; la société ne rachète d'ailleurs qu'à défaut d'actionnaire acquéreur. — Comp. Civ. cass., 15 mars 1927, S. 1927-1-209, note LAGARDE; J. S., 1928-155, note HOUPIN (Sté des fonderies de Saint-Chamond) : l'arrêt casse un arrêt de Lyon qui condamnait le Conseil d'administration à racheter les actions dont il refusait d'agréer le cessionnaire, et cela même au moyen du capital social.

(2) Ex. cité par ESCARRA, *loc. cit.*, p. 346. — Req., 13 mars 1882 précité.

(3) Le plus souvent combinée à la clause d'agrément étudiée *infra*. — Ex. cité par ESCARRA, *loc. cit.*, p. 348 : Société centrale des Banques de Province, article 14 des statuts; cf. également les formules données par LECOUTURIER, *Manuel formulaire des sociétés par actions*, p. 55 à 57.

existe le droit de préemption vaut de sa part renonciation tacite à l'exercice de ce droit ; il est nécessaire de limiter le temps pendant lequel la propriété de l'action reste en suspens ; si les statuts n'ont pas fixé le délai d'option laissé aux bénéficiaires de la préemption, on doit reconnaître un pouvoir discrétionnaire au tribunal pour apprécier si ce bénéficiaire doit être présumé renoncer à son droit de préemption.

b) Il faut déterminer *le prix* moyennant lequel la préemption pourra s'exercer (1). Ici, plusieurs systèmes peuvent se concevoir :

α) Celui qui exerce la préemption peut, aux termes des statuts, le faire en offrant à l'actionnaire le prix que lui propose le tiers acheteur ; ce point de vue est défendable : on ne lèse en rien l'actionnaire ; le prix, variable selon les cas, a l'avantage de ne pas être déterminé à l'avance d'une manière générale et absolue ; seulement, on fait remarquer justement que souvent le prix offert n'est pas celui qui correspond à la véritable valeur de l'action : en particulier, dans l'hypothèse qui nous occupe, il est facile de prévoir que la société qui cherche à s'introduire dans une autre société pourra proposer un prix tout à fait excessif ; et alors l'actionnaire s'enrichit au détriment du bénéficiaire de la préemption ; il est vrai qu'on peut répliquer que celui-ci n'est jamais obligé d'user de son droit de préemption ; mais, outre qu'il y a des cas où la préemption combinée avec le droit de veto, dont nous aurons bientôt à nous occuper, devient obligatoire, il est certain que la clause de préemption insérée dans les statuts ne serait qu'une

(1) Req., 13 mars 1882 précité ; Req., 14 mai 1895 précité.

protection illusoire si, en fait, on n'osait pas s'en servir parce que son exercice serait trop onéreux ;

β) On pourrait fixer dans les statuts un chiffre définitif, par exemple la valeur nominale de l'action ; un pareil procédé ferait de la préemption une sorte de remboursement de l'action ; son caractère arbitraire doit le faire écarter ;

γ) Le plus souvent, les statuts précisent la façon dont l'action sera évaluée lors de la préemption : on prend une moyenne des dividendes distribués dans les dernières années, et on capitalise à un taux normal (1) ; c'est un système assez juste, à condition de fixer un minimum statutaire, par exemple la valeur nominale de l'action, car il peut se faire que les derniers exercices aient été fort mauvais, et que ce soit même la raison pour laquelle l'actionnaire veut se défaire de son titre.

δ) On peut enfin confier la fixation du prix à des arbitres respectivement choisis par le cessionnaire et par le bénéficiaire de la préemption : ce système paraît être le plus juste, car il évite à la fois le danger d'un prix de cession artificiellement surélevé, et celui d'une fixation arbitraire comme celle du forfait de capitalisation du dividende ou revenu des dernières années.

164. Nature juridique des clauses de préemption. — La clause de préemption déroge aux règles ordinaires des contrats ; l'acquéreur qui traite avec l'actionnaire se voit retirer le bénéfice de son contrat par le tiers qui

(1) On capitalisera par exemple à 5 0/0, ce qui fera rembourser à 20.000 fr. une action qui a rapporté un dividende moyen de 1.000 fr. — La Cour de Rouen fait justement observer que la valeur de l'action se détermine d'après « une capitalisation du dividende à un taux normal ». Rouen, 3 janvier 1923 précité.

exerce la préemption. Une telle dérogation, enfermée dans les limites ci-dessus précisées, n'a rien d'illicite, mais elle doit être interprétée restrictivement : s'il y a un doute sur le sens de la clause statutaire, il faut adopter le point de vue qui se rapproche le plus du droit commun, c'est-à-dire de la libre transmissibilité. Il n'est pas utile de discuter bien longuement la nature juridique de la clause de préemption, puisqu'on est à peu près d'accord sur ses conditions et sur ses effets. Pourtant, il est nécessaire de la rapprocher des cas où notre droit français admet l'exercice d'un *retrait* légal ou conventionnel. Il n'y a pas dans le Code civil de théorie générale des retraits ; on considère souvent le retrait comme une institution condamnée par l'économie moderne, qui est fondée sur la libre circulation des biens, et par le droit moderne, qui respecte la liberté des conventions ; on n'admet dans notre législation que deux retraits : le retrait d'un droit litigieux (art. 1699 C. civil) et le retrait successoral (art. 841 C. civil) (1) ; ils sont fondés, l'un sur la défiance à l'égard des acheteurs de droits litigieux, l'autre sur le désir d'écarter les étrangers d'un partage de succession ; ce sont, dit-on, des survivances exceptionnelles.

Cette opinion est excessive : nous n'avons plus l'intransigeance dogmatique des Révolutionnaires de 1789 ; les retraits ne sont plus pour nous « des restes honteux, dans un temps éclairé et qui va devenir libre (2) » ; nous avons perdu bien des illusions à cet égard. Il est

(1) Sous réserve de controverses relatives à l'existence du retrait d'indivision (art. 1408 C. civil).

(2) L'Assemblée législative déclare en mai 1792 que la Constituante a entendu abolir tous les retraits. On trouvera des détails intéressants dans la thèse de M. FALETTI sur le retrait lignager (Paris, 1923).

permis aujourd'hui d'appeler retrait toute institution juridique qui répond à la définition de Pothier : droit de s'approprier le marché fait par un autre et de se rendre acquéreur à sa place (1). On peut sans doute refuser de considérer la faculté d'option reconnue à la femme commune en biens, par l'article 1408 du Code civil, comme un retrait : d'après la jurisprudence actuelle (2), conforme à la tradition coutumière, l'acquisition faite par le mari d'une portion d'immeuble dont la femme est copropriétaire par indivis est présumée faite pour le compte de la femme, en sorte que le défaut d'option exercée par la femme consolide la qualité de propre reconnue au bien dès le jour de l'acquisition. Mais le pacte de réméré dans la vente est un retrait conventionnel (3), présentant cette seule particularité que c'est le vendeur et non un tiers qui exerce le retrait. Sans chercher ailleurs dans notre droit des cas de retrait (4), il est permis de considérer la clause de préemption comme un retrait, librement établi par les statuts sous les réserves précédemment indiquées (5) : il en est ainsi tout au moins lorsque le retrayant rem-bourse au retrayé le prix convenu pour la cession de l'action. Mais il en est de même ainsi lorsque les statuts

(1) POTHIER, *Traité des Retraits*, n° 1 (éd. Breguet, t. III, p. 259).

(2) Civ. Cass., 17 février 1886, S. 86-1-161, note LYON-CAEN.

(3) AUBRY et RAU, § 357.

(4) V. à ce sujet un intéressant article de M. GUYOT, *La Renaissance des retraits*, *R. Crit.*, 1924-101 et suiv.

(5) Toutefois, il faut remarquer qu'ici la préemption est antérieure à la cession du titre par l'actionnaire, elle empêche cette cession d'avoir lieu avant que le bénéficiaire de la préemption n'ait renoncé à son droit expressément ou tacitement ; au contraire, le retrait intervient pour substituer le retrayant au retrayé dans un marché déjà conclu ; aussi serait-il plus exact de tenir la préemption pour un droit de préférence au profit de son bénéficiaire ; mais pratiquement les résultats de la préemption sont les mêmes que ceux du retrait.

ont déterminé le mode de calcul de la préemption : une telle fixation du mode de calcul de l'indemnité par les statuts a pour principal but, nous l'avons vu, de protéger la société, ou le bénéficiaire de la préemption, contre les suroffres artificielles qui pourraient être faites par les tiers désireux de se glisser dans les rangs de la société. Or, s'il est admis que le retrayant successoral ou litigieux doit rembourser au retrayé le prix de la cession, ce prix doit être réel, et non pas surélevé pour décourager le retrayant ; en transposant ici ce principe, on arrive à légitimer un mode de calcul qui a pour effet de déterminer le prix réel de l'action cédée : le retrait est exercé à l'encontre d'une personne indésirable ; celle-là n'a pas à se plaindre d'une clause statutaire régulièrement publiée qui s'exerce contre elle ; quant au cédant, il a le choix de garder son action, ou bien de la céder au bénéficiaire de la préemption moyennant le juste prix de cette action ; il n'y a rien là que de régulier.

Dans les cas de retraits légaux, le Code précise les qualités du retrayant et du retrayé ; ici, ce sont les statuts qui le font librement. En particulier, ils peuvent n'établir la préemption que si la cession est faite à d'autres qu'à un parent ou à un successible du cédant ; ou bien encore stipuler que la préemption s'exercera chaque fois que l'actionnaire présenté par le cédant ne sera pas agréé par le conseil d'administration dans la société anonyme, par le gérant dans la commandite par actions.

165. **Clauses d'agrément.** — 4° Souvent la clause de préemption est précédée d'une clause dite *d'agrément*.

ment (1) : le candidat actionnaire est présenté par le cédant au conseil d'administration ou au gérant, à qui est imparti un délai pour répondre par oui ou par non ; le transfert d'action est affecté d'une condition suspensive (2) ; en cas de refus, on oblige le conseil d'administration ou le gérant à exercer la préemption sous l'une des formes indiquées ci-dessus.

La validité de la clause d'agrément est reconnue par l'article 50, alinéa 3 de la loi de 1867 : « Les statuts pourront donner soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert. » Sans doute, cette disposition se trouve au titre des « sociétés à capital variable » ; mais ce n'est pas là une raison pour la restreindre à ces sortes de sociétés ; d'autant plus que la société à capital variable n'est pas une forme distincte des autres, et que rien n'empêche une société par actions ordinaires d'insérer dans ses statuts la variabilité du capital (3).

Mais cette validité de la clause d'agrément est subordonnée à la condition qu'elle ne prive pas l'actionnaire de son droit d'aliéner son titre : c'est pourquoi, dans la pratique, les statuts prévoient la plupart du temps un rachat obligatoire par le conseil d'administration ou par tel organe déterminé, au cas de veto opposé par lui au transfert ou à la négociation du titre.

(1) Très fréquente dans la pratique, soit sous la forme pure et simple, soit avec des conditions de majorité déterminées par les statuts. Ex. : Société centrale des Banques de Province, article 14 des statuts (*Petites Affiches*, 17 juin 1911) ; Société des établissements Panhard et Levassor, article 14 des statuts ; Société française de Carbone, article 10 des statuts (*Pet. Affiches*, 29 juin 1911) ; beaucoup de Compagnies d'assurances ; la plupart de ces exemples cités par ESCARRA, *loc. cit.*, p. 344.

(2) Cf. Trib. civ. Cholet, 13 février 1925, *D. P.*, 1926-2-87.

(3) Req., 29 mars 1902, *D. P.*, 1904-1-49 ; WAHL, *Précis*, n° 487 ; THALLER, n° 806.

La jurisprudence, favorable aux clauses d'agrément, les enferme cependant dans des limites assez étroites, quand elle refuse à l'autorité investie du veto l'exercice arbitraire de ce droit : il ne faut pas mettre l'actionnaire « à la discrétion entière du conseil d'administration (1) » ; pourtant, on doit reconnaître qu'il est difficile de pénétrer les intentions du bénéficiaire de la clause d'agrément ; on lui confère ce droit de veto précisément pour lui permettre d'apprécier discrétionnairement s'il y a lieu ou non d'accepter le candidat actionnaire ; si on contrôle l'exercice de son droit, on fait manquer le but de celui-ci. La vérité, c'est qu'on ne peut pas priver l'actionnaire du droit d'aliéner son titre, car la faculté de se retirer de la société est essentielle dans les sociétés par actions.

Au fond, cette jurisprudence relative aux clauses d'agrément cadre assez bien avec celle qui s'est élaborée à propos des *clauses d'inaliénabilité* : on sait qu'en dehors des cas où la loi admet l'inaliénabilité de la propriété (substitutions permises, régime dotal), la jurisprudence reconnaît la validité des clauses qui établissent une inaliénabilité, à la condition que cette inaliénabilité soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux. Or, la clause d'agrément est une variété de clause d'inaliénabilité : l'actionnaire est prévenu par les statuts qu'il ne pourra aliéner son titre que si le conseil d'administration ou toute autre autorité désignée ne s'y oppose pas : c'est une inaliénabilité ; elle est justifiée par un intérêt sérieux, celui de protéger la société contre l'intrusion des tiers, par exemple des sociétés

(1) Trib. comm. Havre, 28 octobre 1921, *J. S.*, 1922-500.

concurrentes ; elle est temporaire si l'autorité investie du droit de veto s'engage à trouver, dans un délai déterminé, un autre acquéreur à un prix raisonnable : la forme pratique de cet engagement est la clause de préemption étudiée plus haut.

SECTION II.

Protection des sociétés françaises contre l'intrusion des sociétés étrangères (1).

166. **Position de la question.** — La défense des sociétés françaises contre l'invasion pacifique des capitaux étrangers est l'une des formes les plus pratiques de la question dont on vient de voir les solutions générales. Elle mérite un examen tout spécial, tant en raison de son intérêt théorique, qu'en raison de l'utilité qu'elle présente au point de vue national.

Au point de vue théorique, cette question est l'une de celles où apparaît le mieux l'insuffisance de la conception traditionnelle de la nationalité des sociétés. Si on considère que toute société a comme être moral une nationalité, en attachant à ce mot le même sens que pour les personnes physiques, on est forcément conduit à des solutions étroites et catégoriques qui ne peuvent satisfaire la pratique.

Au point de vue de l'intérêt national, il est à peine besoin de remarquer l'importance toute spéciale de cette matière ; on s'est rendu compte, pendant la guerre, du nombre de sociétés soi-disant françaises, qui étaient en

(1) E. THALLER, *Rev. politique et parlementaire*, 1917, t. XCIII, p. 5 à 41.

réalité sous l'emprise allemande. On a multiplié les séquestres. Aujourd'hui, il faut songer aux moyens de protéger l'industrie nationale, et l'un des meilleurs moyens est de barrer la route aux sociétés étrangères qui veulent s'immiscer dans des sociétés françaises. La protection des sociétés françaises déjà utile contre des individus étrangers, devient nécessaire contre des sociétés étrangères : ces sociétés peuvent disposer de moyens d'action puissants qui leur permettent d'acquérir le contrôle d'une société française ; par quels moyens va-t-on défendre cette société française contre l'intrusion étrangère ?

L'examen approfondi de ce problème à la fois théorique et pratique exigerait de longs développements : contentons-nous de proposer quelques solutions.

167. A. Quelles sont les sociétés non françaises à l'encontre desquelles on doit prendre des mesures de protection ? — Le premier point à étudier est évidemment la détermination des sociétés suspectes d'avoir des attaches étrangères. Il ne se confond pas avec celui du choix d'un critérium pour la nationalité des sociétés : nous avons vu que la nationalité des sociétés (1) se détermine, en principe par le lieu du siège social réel et sérieux. Mais nous avons vu aussi que la nationalité d'une société n'est qu'un statut juridique conféré à cette société pour déterminer la loi qui doit régir la constitution et le fonctionnement de cette société ; il n'y a rien là de comparable à la nationalité des individus. Or, quand il s'agit de protéger une société

(1) V. *suprà*, 1^{re} partie, n° 23 et suiv.

française contre l'emprise des capitaux étrangers, il ne suffit pas d'édicter des mesures qui empêcheront les sociétés de nationalité étrangère d'acquérir des actions et des voix dans cette société française : une société réputée française, parce que ayant son siège social en France, et parce que constituée selon les formes de la loi française, peut fort bien être une société dans laquelle l'influence étrangère est prépondérante. C'est la raison principale pour laquelle la jurisprudence s'était, pendant la guerre, détournée du critérium du siège social, pour s'attacher à d'autres éléments de détermination de la nationalité : raison d'opportunité, qui ne justifierait plus aujourd'hui l'abandon d'un critérium qui, nous l'avons vu, est, tout au moins pour les sociétés par actions, le seul convenable : on ne peut pas, pour déterminer la loi qui doit régir les rapports nés du contrat de société, les formes de constitution et les détails de fonctionnement, se livrer à des recherches minutieuses qui parfois ne donneraient pas de résultat et souvent laisseraient une large place à l'arbitraire ; on ne doit surtout pas choisir un critérium qui serait exposé à faire changer souvent la société de nationalité ; il doit y avoir une stabilité dans la détermination de la loi applicable.

Mais, en dehors de cette question de conflit des lois, définitivement tranchée par la détermination de la nationalité, subsistent des questions de fait qui jouent un grand rôle en notre matière : quel est le rôle joué par les étrangers dans l'administration de la société ? quelle est la proportion du capital étranger engagé dans la société ? Et il peut ainsi se faire qu'une société de nationalité française soit suspecte pour ceux qui en connais-

sent tout le mécanisme. Il en est ainsi notamment des filiales françaises de sociétés étrangères : constituées en France, selon la loi française, ayant leur siège en France, ce sont des sociétés françaises ; elles n'en sont pas moins sous le contrôle d'une société-mère étrangère.

Au point de vue législatif, il serait donc souhaitable d'avoir un système de protection assez souple pour permettre à une société véritablement française de se protéger contre l'intrusion d'une société, française ou étrangère, peu importe, qui est sous le contrôle d'une entreprise étrangère.

168. B. Quelles sont les sociétés françaises qu'il convient surtout de protéger? — Toutes les sociétés françaises ne méritent pas une égale protection : il s'agit d'une mesure d'intérêt national ; cette mesure vise avant tout les sociétés qui ont un objet particulièrement précieux à la défense nationale, ou bien à l'économie mise en cas de guerre au service de la défense nationale. Nous n'avons pas en France, dans notre législation commerciale, de distinction entre les diverses catégories d'industries, au point de vue de leur utilité nationale ; sans doute, toutes ont leur utilité ; mais on s'est rendu compte, pendant la guerre de 1914, que certaines d'entre elles sont absolument essentielles, parce qu'elles commandent toute la puissance économique du pays ; ce sont, par exemple, les mines, les transports terrestres et maritimes, les industries métallurgiques, les usines de produits chimiques. Les Anglais leur ont donné un nom spécial : ils les appellent *key-industries* (industries-clefs) ; ils ont mis en vigueur une législation spéciale à ces industries ; ils ont été jusqu'à supprimer pour elles les titres au porteur, im-

poser une proportion des trois quarts de sujets britanniques au conseil d'administration, de 60 0/0 dans le capital et de 75 0/0 dans le droit de vote aux assemblées générales (1). De pareilles mesures ne s'acclimateraient pas en France : elles peuvent être justifiées par les circonstances de guerre qui les ont dictées ; elles seraient aujourd'hui entachées d'une xénophobie qui ne seraient pas de mise chez nous. Mieux vaut, semble-t-il, laisser aux sociétés privées l'initiative de mesures de protection contre les sociétés d'influence étrangère, sans distinguer entre les diverses sociétés. Toutefois, il convient de signaler parmi les mesures de protection affectant certaines sociétés, le développement de l'actionnariat de l'État et des collectivités publiques (2) : le système de « l'économie mixte » assure à l'État ou aux personnes morales de droit public qui participent à la constitution et au fonctionnement des sociétés anonymes une influence prépondérante, ou tout au moins importante dans ces sociétés : il y a là une mesure de protection contre l'emprise étrangère ; or toutes les sociétés auxquelles les personnes morales de droit public participent activement intéressent au plus haut point l'économie nationale.

Réserve faite de ce cas, c'est aux statuts des sociétés françaises qu'il appartient d'édicter des règles limitant ou prohibant l'entrée d'étrangers dans les sociétés. Ce sont ces moyens qu'il faut maintenant étudier, sans distinction entre les sociétés, d'après l'objet de leur exploitation.

(1) H. DECUGIS, *J. S.*, 1919-77.

(2) A. CHÉRON, *l'Actionnariat des collectivités publiques* ; P. JOLLY, *l'État actionnaire, administrateur et fondateur*.

169. C. Des moyens de protection contre l'emprise étrangère. — Le but à atteindre, ainsi précisé, peut être réalisé par bien des moyens : tous les développements consacrés plus haut aux sociétés de personnes, aux sociétés à responsabilité limitée, trouvent ici une application fréquente : l'*intuitus personæ* empêchera des sociétés soumises à l'influence étrangère de pénétrer dans des sociétés françaises constituées sous ces formes.

Pour les sociétés françaises par actions, il en est de même du vote privilégié, de la forme nominative obligatoire, des clauses d'agrément et de préemption. Tous ces moyens sont d'un usage courant. Il peut aussi exister des clauses spéciales de protection contre l'emprise de sociétés soumises à une influence étrangère : au lieu de se prémunir de façon générale contre toute intrusion, on précise le danger à éviter, et on ne lutte que contre les sociétés qui ne sont pas entièrement françaises. Il y aurait toute une étude à entreprendre sur les clauses qui tendent à ce but : nous ne pouvons ici que nous contenter de poser les principes, sans pénétrer les détails de la pratique.

On peut tout d'abord exiger que les administrateurs, ou un nombre déterminé d'administrateurs, soient de nationalité française : les sociétés étrangères n'auront pas accès au conseil d'administration, ou y seront en minorité ; si l'on suppose que le jeu du vote plural confère aux administrateurs la majorité dans les assemblées, celles-ci voteront toujours dans le sens des intérêts français ; même, si cette disposition est combinée à la clause d'agrément ou de préemption, on peut espérer, quoique cette espérance soit surtout théorique, qu'aucun étranger ne pourra s'introduire dans la société.

Voilà qui paraît aller fort bien : mais la clause qui oblige les administrateurs à être des Français ne protège nullement la société contre l'intrusion de sociétés qui officiellement ont la nationalité française, et sont pourtant sous le contrôle étranger. Il s'agit de ces filiales françaises de sociétés étrangères, auxquelles on ne peut refuser la nationalité française, puisqu'elles sont des sociétés distinctes constituées en France, selon la loi française, et ayant leur siège social en France. En leur qualité de sociétés françaises, elles peuvent, au même titre que toute société, être désignées comme administrateurs, et alors le but de la clause est manqué. Ou plutôt, il ne peut être réalisé que si on renforce la protection par d'autres clauses dont le jeu empêchera, en fait, la filiale française de société étrangère d'avoir accès au conseil d'administration.

On peut, à l'imitation de la législation anglaise, insérer dans les statuts des clauses qui fixeront la proportion du capital social obligatoirement détenu par des Français ; cette mesure librement prise par certaines sociétés n'a pas le même inconvénient qu'une disposition législative qui l'imposerait à toute une catégorie de sociétés : on ne peut empêcher certains fondateurs de sociétés anonymes d'être xénophobes, ou tout au moins de vouloir assurer la prédominance des intérêts français dans l'entreprise qu'ils ont conçue. La proportion est librement déterminée par les statuts. Mais, pour être efficace, une pareille clause doit se doubler d'une autre clause imposant la forme nominative aux actions ; sinon, même avec un système de blocage des titres au porteur, on n'assurerait qu'imparfaitement la défense contre l'intrusion étrangère. Et encore, même

en observant ces précautions, il subsiste le même danger d'envahissement des capitaux étrangers par le moyen de filiales françaises de sociétés étrangères. Il faut trouver mieux, pour atteindre ces capitaux étrangers masqués par la personnalité de la filiale française. On peut songer à limiter la proportion du capital possédé par des sociétés placées sous le contrôle étranger. Pendant la guerre, on a bien utilisé cette notion de « contrôle » pour placer les biens allemands sous séquestre (1); on renonce aujourd'hui à en faire un critérium pour déterminer la nationalité des sociétés; tout au moins peut-on, semble-t-il, permettre aux fondateurs de sociétés de prévoir son usage par une clause statutaire qui exclue, ou limite l'influence des sociétés contrôlées par des sociétés étrangères. Il n'y a pas contre ce système d'objection théorique : mais on n'ignore pas combien il est difficile de faire passer dans la pratique cette notion de contrôle; pendant la guerre, on avait des moyens d'action énergiques; aujourd'hui, comment pourrait-on avec certitude déterminer quelles sont les sociétés placées sous le contrôle d'une société étrangère? On se heurterait fatalement soit à l'arbitraire, ce qui n'est pas satisfaisant, soit à une confiance absolue, ce qui rendrait la clause inopérante. Au surplus, même à supposer qu'on ait la certitude que telle ou telle société française est une filiale de société étrangère, cette filiale se prétendra dégagée de toute influence étrangère; un désaccord est inévitable : qui le tranchera? Si l'on plaide, on ne simplifiera pas

(1) Nancy, 5 février 1921, *R. S.*, 1922-71; — Req., 27 mai 1921. *R. S.*, 922-153.

les choses ; le mieux est de déclarer dans les statuts que le conseil d'administration, ou tout autre organe désigné par eux, aura un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la société qui se présente est ou non sous l'emprise étrangère. Mais, alors, on se borne à donner une forme nouvelle à la clause d'agrément, précédemment étudiée : on précise que la clause d'agrément jouera pour empêcher les sociétés soumises à l'influence étrangère de s'immiscer dans la société considérée ; on détermine un cas dans lequel la clause d'agrément trouvera son application.

TITRE IV

EXPLOITATION PAR UNE SOCIÉTÉ DE BIENS APPARTENANT A UNE AUTRE SOCIÉTÉ

170. Aperçu des raisons qui peuvent provoquer les cessions d'exploitation. — Il arrive souvent qu'une société, ne pouvant ou ne voulant assurer elle-même l'exploitation de tout ou partie de son patrimoine, confie cette exploitation à une autre société pour un temps plus ou moins long.

Cet abandon de l'exploitation directe peut être déterminé par des raisons fort diverses, dont il convient de donner quelque aperçu. La plupart du temps, la société cédante se trouve menacée de ne pas pouvoir continuer elle-même l'exploitation : des embarras financiers, une crainte de faillite ou de dissolution avant terme lui font désirer une rémunération certaine lui permettant de faire face à des dangers temporaires : cette société ne fait souvent qu'affermier tout ou partie de son exploitation, sans céder la propriété d'aucun élément de son patrimoine ; le contrat qu'elle conclut n'est alors qu'un simple moyen de passer le moment difficile, il n'est qu'un incident de la vie juridique de cette société.

Mais la situation peut être plus grave : la société n'abandonne son exploitation que parce qu'elle manque de fonds nécessaires à la réalisation de son objet social, elle ne peut augmenter son capital, elle est obligée d'emprunter, et à des conditions inadmissibles ; la crise menace de durer, le passif augmente ; pour éviter de nouvelles charges, la société cède l'exploitation de ses immeubles, de ses brevets, de ses concessions à une société, moyennant un loyer fixé ou moyennant une part proportionnelle dans les bénéfices ; parfois, cette cession d'exploitation se double même d'une vente pure et simple d'une certaine partie de l'actif social : par exemple, les marchandises seront vendues et les créances cédées, pendant que les immeubles sociaux ne seront que loués (1). La société cédante continue à exister, mais avec un objet restreint ; le contrat conclu avec la société qui se charge de l'exploitation peut n'être qu'une première étape vers l'annexion, ou vers la cession globale de tout le patrimoine social à cette nouvelle société. Mais ce contrat présente l'avantage, pour la société cédante, de réserver l'avenir, et d'éviter pour le présent une liquidation anticipée qui serait désastreuse ; la société cessionnaire, de son côté, préfère ne pas se charger immédiatement de tout un patrimoine social, dont elle connaît le mauvais état : elle acquiert un droit à l'exploitation, se ménage pour plus tard l'éventualité d'une fusion par absorption ou d'une cession globale d'actif après liquidation, ou encore d'un apport global à des conditions avantageuses quand l'ancienne société aura disparu.

(1) CORBIAU, *R. P. S. B.*, 1901-65.

A l'inverse, il peut arriver qu'une société très prospère confie à une autre société l'exploitation d'une partie de ses biens : elle étend considérablement son champ d'activité, il lui paraît superflu de continuer l'exploitation qu'elle abandonne ; même, elle considère que la rémunération fixe ou proportionnelle qu'elle se réservera dans le contrat d'amodiation sera pour elle plus avantageuse que les bénéfices pouvant résulter de l'exploitation directe : par exemple, une société minière, qui possède pour les besoins de son exploitation une usine centrale hydro-électrique, et les moyens techniques de secours pour produire l'énergie électrique dans le même but, cède à une autre société au lieu de l'exploiter elle-même, l'excédent de cette production d'énergie électrique (1). Ce n'est là qu'un moyen tout à fait légitime de tirer le meilleur parti de toutes les ressources de la société, dont on accroît ainsi la prospérité.

171. Principales clauses stipulées dans les contrats de cession d'exploitation. — La diversité des circonstances économiques provoquant les cessions d'exploitation explique la variété des clauses stipulées dans les contrats de cession par la société cédante. Le plus souvent, la société qui autorise une autre société à exploiter stipule une redevance fixe : elle veut s'assurer une somme bien déterminée sur laquelle elle puisse compter d'avance ; sinon, mieux vaudrait pour elle courir les risques de l'exploitation directe. Mais souvent aussi, surtout lorsque, ne se trouvant pas aux prises avec des difficultés financières, elle n'est pas obligée d'en passer par les conditions qui lui sont imposées, la société cé-

(1) Trib. comm. Seine, 20 janvier 1925, D. H. 25.173.

dante exige une part dans les bénéfices bruts ou mieux dans les bénéfices nets, ce mode de rémunération n'est pas spécial au droit privé : les villes qui concèdent à des sociétés anonymes l'exploitation de services municipaux stipulent souvent une redevance basée sur les recettes de cette exploitation : tel est en particulier le cas de beaucoup de concessions pour l'exploitation des lignes de tramways électriques ; il est naturel que cette pratique de la concession moyennant participation aux bénéfices s'étende, en raison de sa commodité, à la fois pour le concédant et pour le concessionnaire, à tous les cas de cessions d'exploitation ; elle se généralise de plus en plus ; souvent, elle se superpose à la redevance fixe. La société cédante peut alors se munir, à la fois d'une assurance contre les risques de l'entreprise et d'une participation aux bénéfices qui peuvent en résulter. La cession peut enfin avoir lieu, partie moyennant un loyer fixe, partie moyennant l'attribution d'actions d'apport ; la société cessionnaire joue, un peu, en ce cas, le rôle de filiale de la société cédante (1).

172. Plan. — Ces considérations d'ordre économique ne sauraient donner qu'une idée d'ensemble, très imparfaite, des contrats de cession d'exploitation ; il faut maintenant examiner leur nature juridique, puis étudier leurs conditions de validité et leurs effets.

CHAPITRE PREMIER : Nature juridique des contrats de cession d'exploitation :

CHAPITRE II : Conditions de validité de ces contrats.

(1) C'est ainsi, par exemple, que la société Thomson-Houston a cédé une partie de son actif à la Société générale de constructions électriques (Alsthom) moyennant 125 millions d'actions d'apport, plus un loyer fixe de 14 millions jusqu'au 1^{er} octobre 1932, de 19.600.000 fr. par la suite.

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique des contrats de cession d'exploitation.

173. Impossibilité de réduire ces contrats à un type unique. — La variété des circonstances dans lesquelles interviennent les cessions d'exploitation fait deviner la multiplicité des formes juridiques que peuvent revêtir ces contrats.

Tantôt, en effet, la convention relative à l'exploitation présente tous les caractères de louage de choses, tantôt, au contraire, elle est une véritable vente ; souvent, elle affecte la forme d'un mandat ; parfois, c'est une véritable société qui existe entre la société cédante et la société cessionnaire de l'exploitation. Dans la pratique, ces diverses sortes de contrats se combinent : la convention envisagée se rapproche à la fois du louage et du mandat, ou du mandat et de la société ; les clauses qui y sont stipulées précisent d'ordinaire les règles qu'il convient de lui appliquer ; mais, il convient cependant de donner une idée de différents types que peut adopter le contrat de cession d'exploitation.

174. Contrats de louage de choses. — La forme la

plus fréquente est évidemment celle du louage de choses (1) ; c'est celle qui répond le mieux aux besoins qui déterminent d'ordinaire l'abandon de l'exploitation par la société cédante : celle-ci s'assure un loyer fixe, en argent, et diminue ainsi les risques de l'entreprise ; que tout le matériel d'exploitation soit loué ou seulement partie de celui-ci, peu importe ; le contrat est toujours un louage de choses, il obéit à toutes les règles précisées par les articles 1713 et suivants du Code civil.

Pour que l'opération soit un louage soumis comme tel aux dispositions du Code civil interprétatives de la volonté des parties, il faut qu'elle présente les deux caractères suivants :

a) Jouissance temporaire conférée avec garantie par le bailleur au locataire qui acquiert la détention de la chose louée ;

b) Fixation d'un prix payable en espèces et proportionnel au temps de la location.

Quand ces deux conditions essentielles sont réunies, on peut, dans le silence du contrat, appliquer les règles ordinaires du louage ; notamment, la société baille-resse sera tenue de mettre des locaux loués en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720) et d'entretenir la chose louée pendant toute la durée du bail, par exemple de maintenir les bâtiments loués clos et couverts, sans être obligée aux réparations locatives ou petites réparations, qui restent à la charge de la société locataire (1720, al. 2) ; de son côté, la société locataire doit, en outre du paiement du prix, respecter

(1) PIC, R. S., 1923, 452.

la destination de la chose louée, destination qui, en l'absence d'indication contenue dans le bail, se détermine d'après les circonstances (art. 1728) ; jouir en bon père de famille, c'est-à-dire prendre à la conservation de la chose louée les mêmes précautions qu'aurait prises la société propriétaire, si elle avait continué l'exploitation directe ; elle répond enfin des dégradations survenues par le fait de ses préposés dans les conditions spéciales fixées par l'article 1735 du Code civil.

175. Vente et louage. — Il arrive parfois que la cession d'exploitation, même sans consacrer de la part de la société cédante un abandon de propriété, présente des caractères qui la rapprochent d'une véritable vente. Souvent, comme il a été expliqué, la location du matériel d'exploitation, la cession temporaire du droit d'exploiter les brevets ou les concessions, s'accompagnent d'une aliénation définitive des marchandises en magasin, des matières premières en traitement, d'une cession des créances ou d'un endossement des titres à ordre existant au profit de la société. Ce n'est pas de ces ventes, cessions ou endossements qu'il s'agit ici. Il s'agit d'une cession temporaire d'exploitation, qui présente par ailleurs tous les caractères du louage de choses, mais qui doit pourtant être considérée comme une vente, en raison de l'objet sur lequel elle porte. Par exemple, une société concessionnaire d'une mine ou propriétaire d'une carrière cède à une autre société pour un temps limité le droit d'exploiter cette mine ou carrière, moyennant une redevance successive fixée proportionnellement au temps.

On serait tenté d'appliquer à ce contrat les règles du

louage de choses : il n'y a pas transfert de propriété, l'extraction de matériaux étant le seul mode possible de mise en valeur d'une mine ou d'une carrière, on devrait, semble-t-il, considérer la cession temporaire de ce droit d'extraction comme un acte de même nature que la location d'une maison d'habitation ; il faudrait en conclure que la société cessionnaire de ce droit d'extraction a seulement la jouissance de la mine ou de la carrière, et que cette cession est un véritable bail.

Telle n'est pas cependant l'opinion qui a prévalu : la jurisprudence admet, avec la majorité des auteurs, que la cession, même temporaire, du droit d'extraire des matériaux d'une mine ou d'une carrière, constitue bien une vente soumise aux règles juridiques et fiscales de la vente (1). On en donne pour raison principale que l'extraction, tout en étant le seul mode de mise en valeur du fonds, l'épuise peu à peu, et que l'on ne peut assimiler à un bail le contrat qui autoriserait le cessionnaire à détruire par l'usage qu'il en fait la chose sur laquelle porte son droit de jouissance (2 : c'est pourquoi la cession du droit d'extraction doit être considérée comme une vente des matériaux à extraire, c'est-à-dire de meubles par anticipation, et soumise aux règles ordinaires des ventes mobilières.

Il résulte de cette analyse les conséquences suivantes :

a) Les règles de la garantie sont celles de la garantie en matière de vente, et non de louage (3) ; en par-

(1) Req., 2 février 14, S. 18-1-141.

(2) FREJAVILLE, Des meubles par anticipation. *Thèse Paris*, 1927, p. 105 ; AUBRY et RAU, § 363, note 3 ; BAUDRY et WAHL, *Louage*, n° 781.

(3) Tr. civ. Draguignan, 17 mai 1-10, D. P., 11-2-133 (Société des Bauxites de France).

ticulier, la société cédante ne répond que des vices antérieurs au contrat de cession ;

b) La créance de la société cédante est munie du *privilege* du vendeur de meubles et non de celui du bailleur (1). Ce *privilege* porte donc sur le prix de la cession, et s'éteint en particulier par aliénation des matières extraites par la société cessionnaire de l'exploitation ;

c) Les *droits fiscaux* à percevoir sont ceux de la vente mobilière ;

d) Un arrêt ancien de la Chambre civile a appliqué les règles de la *résolution* et non celles de la *résiliation* au cas d'inexécution des obligations d'une des parties (2) ; le contrat est annulé rétroactivement, au lieu de cesser à produire ses effets du jour où la *résiliation* est prononcée ; mais, c'est à tort, car la vente mobilière de matériaux à extraire présente tous les caractères d'un contrat à exécution successive ;

e) Certains arrêts, appliquant avec rigueur l'article 7 de la loi du 21 avril 1810, ont annulé la cession par le concessionnaire, sans autorisation gouvernementale, du droit d'exploitation sur une partie de la mine (3) ; mais il semble que ce soit une sévérité excessive, car si ce texte prohibe l'aliénation partielle de la concession, il laisse le concessionnaire libre de vendre successivement les matériaux extraits de la mine, et c'est ce qu'il fait en cédant en bloc le droit d'extraction pour une période déterminée ;

f) La qualification de vente disparaît avec toutes ses

(1) Civ. cass., 4 août 86, *D. P.*, 87-1-36 (Société Kaolin de Bretagne).

(2) Civ. cass. 31 décembre 1856, *D. P.*, 57-1-281.

(3) Civ. 4 janv. 1844, *S.* 44-1-723 ; 26 nov. 1845, *S.* 46-1-240.

conséquences quand les matériaux à extraire sont susceptibles de se renouveler assez vite pour que l'extraction n'épuise pas le fonds : par exemple, la cession faite par une société du droit d'extraire du sable dans le lit d'une rivière ne constitue pas une vente, mais un bail. C'est la distinction proposée déjà par les Romains entre les carrières renouvelables et les carrières qui s'épuisent à mesure de leur exploitation (1) ;

g) Enfin, si la vente mobilière de matériaux à extraire s'accompagne d'un bail des installations immobilières ou de l'outillage d'extraction, il faut séparer les deux contrats, appliquer à l'une les règles du louage, à l'autre, celles de la vente mobilière.

176. Contrats de mandat ; sociétés de gérance. — Certains contrats relatifs à l'exploitation sont de véritables mandats : ce sont ceux par lesquels une société charge une autre société d'exploiter pour son compte telle ou telle branche de son entreprise, ou même la totalité de son entreprise. La société qui prend ainsi en charge l'exploitation est, soit une société de gestion constituée dans ce but, soit une société quelconque qui consent à assumer l'exploitation d'une autre société moyennant rémunération. Ici, les rôles sont renversés : c'est la société propriétaire qui continue juridiquement à exploiter, puisque les actes accomplis par la société mandataire continueront à lui profiter ou à l'obliger ; c'est elle qui conserve, avec les chances de succès, les risques de l'entreprise ; mais l'exploitation commerciale est en réalité l'œuvre de la société mandataire, qui stipule à son profit une simple rémunération.

(1) Dig., xxiv, *Solutio matrimonio*, 3-7-12 Ulp. ap. Sab.

On conçoit qu'une telle combinaison soit plus rare qu'un bail de l'exploitation : il faut supposer chez la société-propriétaire le désir de se décharger du souci des actes matériels ou juridiques concernant l'exploitation, tout en se réservant les effets de ces actes ; il faut que la société mandataire ait pour objet principal ou secondaire la gestion du patrimoine d'autrui. Pareille hypothèse se rencontre souvent lorsqu'une société donne mandat à une autre société de la représenter dans des actes déterminés, ou de lui trouver des débouchés pour l'écoulement de ses produits : la société-mandataire joue alors le rôle d'un représentant de commerce, ou d'un mandataire particulier (1).

Mais il arrive aussi que le mandat soit général et que la société gérée soit dans la vie juridique un reflet de la société gérante, dont elle devient une véritable filiale ; tel est le cas des entreprises dites de gestion, dans les sociétés d'assurances mutuelles, d'épargne ou de capitalisation (2) ; il ne s'agit plus alors de contrat relatif à l'exploitation, mais de gestion d'une société par une autre société.

C'est dans le même ordre de développements qu'il conviendrait d'étudier, malgré leur objet différent, les *sociétés de gérance* dont l'exemple déjà classique est celui de la Banque Industrielle de Chine (3). Cette société de gérance s'est constituée pour administrer l'actif de la B. I. C., dont les embarras financiers avaient donné lieu à des procès célèbres ; la société de gérance

(1) Paris, 13 avril 1911, *J. S.*, 12-73.

(2) P. SUMIEN et H. MIDY, *Ann. dr. comm.*, 1905-105 et suiv.

(3) Trib. comm. Seine, 26 février 23 (*Gaz. Trib.*, 29 avril 23). H.-E. BARRAULT, *Jurisc.*, 26-25.

étant investie d'un mandat général pour administrer cet actif et agir en son propre nom à l'égard des tiers ; elle devait recevoir une rémunération fixe et une participation de 5 0/0 des bénéfices. On pourrait donc penser à appliquer à ce contrat toutes les règles du mandat salarié. Mais ce mandat se rapproche, à certains égards, d'un louage de services, car la société de gérance n'est pas révocable par l'assemblée générale des actionnaires de la B. I. C. Aussi vaut-il peut-être mieux le tenir pour un contrat innommé très voisin du mandat.

177. **Sociétés de gestion.** — Une place spéciale doit être faite, parmi les contrats de gérance entre sociétés, à l'étude des « entreprises de gestion » qui dirigent et administrent à forfait les sociétés d'assurances mutuelles, les sociétés tontinières, les sociétés d'épargne ou de capitalisation. Ces entreprises de gestion peuvent être assumées par un particulier ; elles le sont d'habitude par des sociétés commerciales. La distinction du patrimoine de la société de gestion et de la société gérée doit être faite, comme celle des patrimoines de la société-mère et de la filiale. La société gérée peut être une société civile, la société gérante reste une société commerciale, car l'entreprise de gestion a pour objet l'accomplissement d'actes de commerce : la jurisprudence la traite comme une agence d'affaires (art. 622 C. comm.) ; elle lui applique toutes les règles des sociétés commerciales (1).

(1) Req., 28 déc. 1886, *D. P.*, 87-1-911 ; S. 88-1-68 ; Paris, 6 décembre 1852, *D. P.*, 1853-2-84 ; Rouen, 3 mars 1886, *R. c. Rouen*, 86-1-135 ; — Comp. la jurispr. administrative qui a soumis ces sociétés à l'impôt des patentes : *C. E.*, 15 novembre 1889, *LEBON*, 89-1034.

Nous n'avons pas à étudier le fonctionnement de ces sociétés de gestion : cette matière a provoqué des travaux excellents, auxquels nous ne pouvons que renvoyer (1).

Remarquons cependant que le domaine des sociétés de gestion, souvent réduit aux matières de l'assurance mutuelle, de la tontine, de l'épargne et de la capitalisation, peut être beaucoup plus large, et comprendre toutes sortes d'opérations économiques. Chaque fois qu'un particulier ou une société répugne à gérer lui-même son patrimoine, la société de gestion répond à une utilité certaine. Il est permis à un individu ou à une société d'administrer telle ou telle fraction de ce patrimoine, moyennant telle ou telle rémunération convenue ; le contrat intervenu est d'ordinaire un contrat innommé, empruntant ses règles à la fois au mandat et au louage de services.

Par exemple, une personne peut charger une société de faire fructifier ses valeurs mobilières, de les vendre et d'en acheter d'autres aux meilleures conditions possibles ; souvent, les banques donnent des conseils pour les placements financiers ; mais alors, elles ont soin de se faire couvrir par une signature de leurs clients ; ceux-ci vont céder à la société la jouissance, ou même la propriété de leurs titres. Les titres ainsi apportés sont échangés contre des actions de la société nouvelle ; le patrimoine social est composé d'un grand nombre de valeurs fort diverses ; cette société est un véritable

(1) SUMIEN et MIDY, *Ann. dr. comm.*, 1905-105 ; SUMIEN, *Traité des Assurances terrestres*, n° 266 et suiv. ; comp. J. TCHERNOFF, *Droit pénal financier*, II, n° 584 et suiv., et supplément de 1926. L'article 5 du décret de 1922 prohibe pour l'avenir l'entreprise de gestion à forfait d'une mutuelle.

omnium, si elle peut arriver à contrôler plusieurs autres sociétés. Mais son but est différent de celui des *holding* précédemment décrites : ce sont des particuliers, propriétaires de titres, qui prennent l'initiative de confier à une société la gestion de leur portefeuille, moyennant une certaine rémunération ; la société de gestion ainsi constituée ne poursuit pas d'autre but immédiat que la meilleure utilisation possible des valeurs qui lui sont confiées. Si elle cherche à acquérir le contrôle de plusieurs entreprises, si elle veut avoir des filiales, ce n'est ni en vue d'une meilleure organisation de la production, ni en vue de perfectionnements techniques ; c'est pour spéculer, pour « gérer » utilement son portefeuille. De tels groupements ne vont donc pas sans présenter de sérieux dangers ; ils paraissent devoir se développer surtout dans les pays anglo-saxons. En France, nous en connaissons des exemples pour la gestion des valeurs mobilières étrangères. Les conditions spéciales dans lesquelles ont lieu les placements français à l'étranger, la nécessité de protéger l'épargne française contre les dirigeants des sociétés étrangères, les questions de paiement en monnaies non dépréciées, auxquelles a donné lieu le déséquilibre des changes, le désir enfin d'échapper à des dispositions fiscales rigoureuses donnent une particulière importance aux *sociétés de gestion de valeurs mobilières étrangères*.

Le plus souvent, ce sont des particuliers qui forment ces sociétés ; mais rien ne s'oppose à la constitution de sociétés de gestion formées entre des sociétés qui détiennent en portefeuille des valeurs étrangères. Leur but, leurs détails de fonctionnement peuvent être très variés ; leur étude soulève de nombreuses questions

économiques et juridiques : l'ensemble en a été présenté récemment (1) ; nous ne croyons pas utile de le reprendre ; sa matière considérable excéderait le cadre de notre travail ; elle ne touche d'ailleurs qu'indirectement à l'étude des filiales et des ententes entre sociétés.

178. Contrats de société et contrats innommés. — Il est impossible de ranger tous les contrats qui nous occupent sous les titres vente, louage, mandat, société ; très souvent, ces divers contrats se combinent, ils sont alors de véritables contrats innommés participant à la fois des règles admises pour le louage et le mandat, pour le louage et la société (2). Il faut seulement signaler ici l'importance toute spéciale des contrats d'exploitation conclus sous forme de groupements pourvus ou non pourvus de la personnalité morale ; le partage des bénéfices, mode de paiement de la cession d'exploitation, conduit à la création d'associations en participation, ou même de véritables sociétés entre les deux sociétés contractantes : il suffit de voir réunis dans ce contrat l'apport réciproque (en espèces, en nature ou en industrie), l'intérêt commun, le but licite et l'*affectus societatis*. L'étude de ces sociétés entre sociétés est reportée à la dernière partie du présent travail.

(1) P. CHEMINAIS, *Thèse Paris*, 1927.

(2) Toulouse, 20 janvier 98, *R. P. S. B.*, 99-49 ; Trib. comm. Seine, 2 juin 99 ; *R. P. S. B.*, 99-280 ; — NYSENS et CORBIAU, I, 185 ; Bruxelles, 5 nov. 1913, *R. P. S. B.*, 14-81.

CHAPITRE II

Condition de validité et effets des contrats de cession d'exploitation.

179. Importance de la qualification donnée à la cession : changement d'objet, acte conforme à l'objet social. — Les conditions générales de validité de ces contrats sont celles qui ont été indiquées dans la première partie à propos du consentement et du but dans les conventions entre sociétés. Tout ce qui a été dit notamment sur l'objet social trouve ici son application la plus ordinaire. Aussi convient-il d'insister un peu sur les exemples très fréquents où la jurisprudence est amenée à discuter cette notion d'objet social.

Les statuts de toute société précisent l'ordre d'exploitation commerciale ou industrielle dont s'occupe la société ; ils précisent, en outre, par clause expresse ou par règles légales édictées pour la forme adoptée, le mode juridique d'exploitation, ainsi que les pouvoirs des différents organes de la société pour la représenter dans tous les actes de la vie juridique. Il va de soi que les statuts d'une société par actions peuvent expressément permettre à l'assemblée générale extraordinaire de modifier telle ou telle de leurs clauses, en particulier celles qui touchent à l'objet social : cette précision con-

serve son utilité pour les sociétés constituées avant la loi du 22 novembre 1913, puisqu'on admet, en général, que les dispositions de cette loi relatives aux pouvoirs des assemblées extraordinaires ne rétroagissent pas. Mais, en aucun cas, les statuts ne pourraient autoriser l'assemblée extraordinaire à voter des modifications à des conditions de quorum ou de majorité inférieures à celles exigées par la loi de 1913 : cette loi est impérative sur ce point (1) (arg. *à contrario* : sauf dispositions contraires des statuts, article 31 § 1^{er}). On devrait donc tenir pour nulle la clause des statuts qui étendrait aux délibérations modificatives de l'objet social les quorums décroissants écartés expressément par la loi de 1913 pour ces sortes de délibérations.

Ainsi apparaît, même en cas de clause statutaire autorisant telle ou telle cession d'exploitation, l'intérêt de la qualification qu'il convient d'attribuer à une parcelle cession : si elle constitue changement d'objet, elle devra, nonobstant toute clause contraire des statuts, être votée par l'assemblée extraordinaire tenue au quorum minimum des trois quarts et votant à la majorité minimum des deux tiers des voix. Si elle constitue une modification aux statuts moins grave que le changement d'objet, on se contentera d'un quorum de moitié à la seconde assemblée, du tiers à la troisième. Si elle ne modifie en rien les statuts, on se contentera, à défaut de clause plus rigoureuse contenue dans les statuts, du vote du conseil d'administration ratifié par l'assemblée générale ordinaire.

(1) THALLER, n° 694 bis ; G. BOURCART, *Annales*, 14-180. Cet auteur réfute, avec un grand luxe d'arguments, l'opinion contraire professée par A. WAHL, *J. S.*, 14-112, et H. BOSVIEUX, *J. Not.*, 14-98.

Ces considérations restent vraies au cas très fréquent où les statuts ne disent rien sur les cessions d'exploitation : mais, tandis que, pour les sociétés par actions constituées depuis la loi du 22 novembre 1913, la cession d'exploitation est toujours possible, sauf application éventuelle des règles sur le changement d'objet, pour les sociétés constituées avant cette loi, les cessions d'exploitation qualifiées changement d'objet social exigeraient l'unanimité des actionnaires, ce qui les rendrait en fait impossibles.

180. **Changement d'objet et changement dans le mode d'exploitation.** — Cette rigueur dans l'interprétation de l'ancien article 31 de la loi de 1867 n'a sans doute pas été étrangère à l'élaboration des distinctions proposées par les considérants de nombreux arrêts entre le changement d'objet et la simple modification dans le mode d'exploitation. Cette distinction n'est pas artificielle : elle résulte d'une exacte analyse des faits.

Il est certain que la détermination de la nature d'entreprise à laquelle se consacrera la société, de même que la destination des immeubles dans lesquels s'exercera cette entreprise, est un élément essentiel du pacte social : on peut admettre que tel associé avait confiance, par exemple, en l'avenir d'un cercle ou d'un casino, et n'accepterait pas que l'immeuble consacré à ce cercle ou à ce casino fût désormais affecté à un objet tout différent ; c'est en ce sens qu'on peut considérer comme plus graves les contrats qui autorisent un changement dans l'objet même de l'exploitation que ceux qui ne consacrent qu'un changement dans le mode juridique d'exploitation, c'est-à-dire substituent à l'exploitation

directe l'exploitation indirecte par voie de location. Mais le parti que tirent les tribunaux de cette distinction pour diviser en deux groupes bien différents les contrats de cession d'exploitation est, en réalité, un moyen ingénieux, mais contestable, de rétrécir la notion de changement d'objet, pour faciliter les cessions d'exploitation en simplifiant leurs formes. L'analyse des espèces montrera d'ailleurs mieux que des considérations générales la tendance de la jurisprudence ; ce n'est qu'ensuite qu'on pourra critiquer la valeur des solutions qu'elle consacre.

181. **Pouvoirs des juges du fond.** — La Chambre des Requêtes a proclamé, à plusieurs reprises, la validité de cessions d'exploitation intervenues dans des conditions prévues par les statuts de la société cédante : elle s'est fondée, pour rejeter les pourvois qui lui étaient soumis, sur cette considération que les arrêts attaqués avaient interprété les statuts d'une façon qui écartait toute censure de la Cour de cassation. Cela suffirait à prouver le rôle très large reconnu en notre matière aux juges du fait ; la Chambre civile n'est jamais saisie : un arrêt de la Chambre des Requêtes termine le procès. Et cependant on sait que l'appréciation souveraine des faits par l'arrêt d'appel n'exclut pas le contrôle de la Cour suprême sur la qualification juridique qu'il convient de leur donner ; qu'en particulier, il appartient à la Cour de cassation de relever, parmi les contrats de cession d'exploitation, ceux qui constituent un changement d'objet de ceux qui s'analysent en une simple extension de l'objet social ou bien en une modification dans le mode juridique d'exploitation suivi. Mais la

Cour de cassation évite de se lier par des formules trop générales, dans un domaine où tout est subordonné à des considérations d'ordre économique variables selon les circonstances. Ainsi s'expliquent les incertitudes, les contradictions apparentes que révèle l'étude de la jurisprudence en notre matière. Il y a pourtant quelques points sur lesquels tout le monde est d'accord : ce sont ceux qui ont été indiqués au début de ces développements, en ce qui concerne les pouvoirs exigés des représentants de la société cédante pour consentir la cession. Car c'est toujours à une question de pouvoirs, que se ramène la question de la validité, ou plutôt des conditions de validité des cessions d'exploitation. Théoriquement, la cession est toujours possible, réserve faite cependant du cas très rare où le contrat de cession aurait une cause illicite ou même réunirait les éléments constitutifs du délit de l'article 419 du Code pénal (1). Mais encore faut-il, pour que la cession soit régulièrement consentie, qu'elle le soit par des organes habilités par les statuts, conformément aux dispositions impératives des lois de 1867 et de 1913. Et les divergences dans l'interprétation apparaissent lorsqu'il s'agit de distinguer, parmi les contrats de cession, ceux qui constituent changement d'objet de ceux qui ne modifient pas les statuts.

Que pareille question soit avant tout question d'interprétation des statuts, c'est chose certaine ; mais pourtant, on peut poser des règles générales qui se dégagent de la jurisprudence, et que la Chambre civile ne manquerait pas de sanctionner si les arrêts d'appel

(1) V. *supra*, 1^{re} partie, n^{os} 38-40.

lui en fournissaient l'occasion en les méconnaissant.

Revenons sur notre définition de l'objet social : c'est l'ensemble des opérations d'ordre économique en vue desquelles la société s'est constituée, c'est-à-dire le but de cette société. Dès lors, il peut sembler naturel de dire que la cession d'éléments du patrimoine social nécessaires à cette exploitation, constitue changement d'objet social et que peu importe, à ce point de vue, la nature juridique du contrat de cession : une société constituée en vue de l'exploitation d'un commerce déterminé change d'objet quand elle loue les immeubles dans lesquels devait s'exercer ce commerce, tout aussi bien que si elle les vendait : ce qui constitue l'objet propre à cette société, c'est le fait d'exercer dans ces immeubles ou dans d'autres destinés au même usage, une certaine espèce de commerce et pas une autre. On serait amené par ce raisonnement à exiger pour la plupart des cessions d'exploitation les conditions requises pour le changement d'objet.

182. **Jurisprudence.** — La jurisprudence, plus libérale, aboutit à la conclusion contraire en partant des mêmes bases : si c'est l'exercice d'un certain commerce dans certains immeubles destinés à cet usage qui caractérise l'objet social, pourquoi y aurait-il changement d'objet dans le fait, par la société propriétaire, de louer ces immeubles à une autre société qui les exploitera en vue du même objet ? Pourvu que la destination des immeubles loués soit respectée, l'objet de la société bailleusesse ne change pas. Tel est le sens des arrêts qui opposent le mode technique d'exploitation, caractérisant l'objet social, au mode juridique d'exploitation,

simple moyen d'atteindre le but proposé par les statuts.

Par exemple, une société constituée pour l'exploitation d'un casino peut, sans changer son objet, louer ce casino à une autre société qui ne changera rien à la destination de l'immeuble loué (1) : le Tribunal de commerce de Nice précise que « la substitution de l'exploitation par voie de location à l'exploitation directe ne viole aucune base essentielle de la société, puisqu'elle constitue seulement un moyen différent d'arriver au même but ».

De même, la Chambre des Requêtes estime que « l'objet principal d'une société (exploitation d'un cercle) n'est pas changé par ce fait que... l'exploitation du cercle par voie de location pourrait être substituée à son exploitation directe, la *destination* des immeubles demeurant ainsi la même, et les bénéfices espérés devant continuer d'être puisés à la même source, sauf qu'ils seraient obtenus par un moyen juridique nouveau (2)... ».

Le Tribunal civil de Tunis a encore jugé dans le même sens que la destination d'immeubles au commerce automobile est un élément essentiel de la société constituée pour l'exploitation d'un garage ; en sorte que la location à une autre société de ces immeubles doit être soumise aux règles du changement d'objet si le contrat de location n'a pas expressément imposé à la société locataire l'obligation de continuer le commerce automobile (3).

(1) Trib. comm. Nice, 25 déc. 1900, *J. S.*, 01-204 (S. nouvelle du Casino de Nice).

(2) Req., 29 oct. 1902, *J. S.*, 04-391 ; *D. P.*, 04-1-49 (Sté Cercle de la Méditerranée).

(3) Trib. civ. Tunis, 31 mars 1922, *D. P.*, 23-2-191 (Excelsior Garage).

183. **Doctrine.** — Cette jurisprudence a été critiquée par plusieurs auteurs (1) : d'après M. Wahl, cette distinction du mode juridique d'exploitation et du but même de cette exploitation est artificielle et inexacte, tout au moins au sens où l'entend la Chambre des Requêtes dans son arrêt de 1902 : si l'unique immeuble dans lequel la société bailleresse exerçait l'exploitation d'un cercle est loué, il n'y a pas changement dans le mode d'exploitation, il y a cessation complète de l'exploitation ; c'est jouer sur les mots que prétendre à la substitution d'une exploitation indirecte à une exploitation directe : la société locataire exploite, la société bailleresse ne s'occupe plus de la destination des immeubles loués ; elle devient une société à revenus fixes ; son objet est donc changé. M. Wahl tire argument d'un jugement du Tribunal de commerce de la Seine, aux termes duquel, « en se dessaisissant du droit de fabriquer et de vendre les produits qui sont sa propriété et en concédant ce droit à un tiers moyennant rétribution déterminée, une société (Compagnie française de produits pharmaceutiques à la kola) a modifié dans son essence même l'objet social (2) ».

Mais ce jugement prend bien soin de se placer en dehors des conditions dans lesquelles la Chambre des Requêtes avait déjà, en 1882, validé une cession de matériel d'usine et de brevets (3) : tandis qu'en 1882, puis en 1892 et en 1904 (4), il s'agissait de contrats de location

(1) A. WAHL, notes *J. S.*, 1900-337 ; *J. S.*, 1904-392 ; *S.* 1905-1-89 ; *J. S.*, 1914-73 ; M. NAST, *Rec. jur. soc.*, 14-209, H.-E. BARRAULT, *Rec. jur. soc.*, 26-25.

(2) Trib. commerce Seine, 6 mars 1901, *J. S.*, 01-330.

(3) Req., 8 mars 82, *D. P.*, 83-1-81 (sur pourvoi contre Paris, 2 juillet 80, *J. S.*, 82-214).

(4) Req., 12 juillet 92, *D. P.*, 93-1-390 ; et *S.* 94-1-533 ; Req., 29 oct. 1902, précité.

laissant subsister au profit de la société bailleresse la propriété du matériel loué, l'espèce soumise au Tribunal de commerce de la Seine en 1901 concernait une cession du droit de fabrication et de vente des produits pharmaceutiques à la kola, c'est-à-dire une aliénation de l'objet spécial ; au bout de la période de 20 années pour laquelle cette cession était consentie, le droit d'exploitation devait être mis en vente au plus offrant, et le produit de la vente réparti, suivant un pourcentage déterminé par le contrat de cession, entre la société cédante et la société cessionnaire. Il semble donc difficile de se fonder sur le jugement de 1901 pour critiquer la distinction admise implicitement par la Chambre des Requêtes entre l'objet social et le mode juridique d'exploitation. Plus récemment, le Tribunal de Dunkerque, ayant à statuer sur les conséquences fiscales d'une cession d'exploitation faite par une société étrangère à une société française, a jugé que cette société étrangère n'est pas soumise à l'impôt sur le revenu à raison de ses immeubles situés en France loués et exploités par une société française (1) : l'article 3 du décret du 6 décembre 1872 écartant l'impôt pour toute société qui n'exploite pas elle-même ses immeubles pour y exercer son industrie, le jugement estime que la société étrangère doit être exonérée, quand bien même le contrat de location stipule obligation de la part de la société locataire de continuer l'exploitation et de respecter la destination des immeubles loués : la fixité du revenu écarte tout aléa, il s'agit d'une location, et la société étrangère n'exploite pas elle-même. Peut-être ce jugement peut-il

(1) Trib. civ. Dunkerque, 13 octobre 1923, *J. S.*, 1925-177 (Cie internationale de Borax).

être invoqué à l'appui de l'opinion antérieure de M. Wahl et témoigne-t-il d'une hésitation dans la jurisprudence récente; il écarte résolument l'idée d'exploitation indirecte par voie de location substituée à l'exploitation directe: il reconnaît par là même l'importance du mode juridique d'exploitation, importance dictée par le texte qu'il interprète. Mais, tout d'abord, il ne statue qu'en matière fiscale, et surtout, il ne tire aucune conséquence de son argumentation, en ce qui concerne le changement d'objet social. La question reste donc entière de savoir si la cession d'exploitation par voie de location constitue ou non un changement d'objet. Et la distinction très nette proposée par la Chambre des Requêtes entre contrat de louage comportant obligation pour le locataire de continuer l'ordre d'exploitation jusqu'alors suivi par la société propriétaire, et contrat laissant la société locataire libre de transformer à son gré la destination des immeubles loués, paraît bien rester un moyen sûr de résoudre cette délicate question (1).

184. Changement d'objet, et extension à l'objet social.

— Mais il ne faut pas s'en tenir à ce seul critérium; il convient d'appliquer tout d'abord la distinction subtile élaborée par la jurisprudence entre le changement d'objet et la simple extension de l'objet social (2); au regard de la société cédante, il y a tantôt simple adjonction du rôle de propriétaire foncier, ou de société de crédit, au rôle principal de société indus-

(1) Dans le sens de la jurisprudence : HOUPIN et BOSVIEUX, n° 1321, CORBIAU, *R. P. S. B.*, 1901-65.

(2) Comp. art. 59 § 2, loi belge, 18 mai 1873; — Exposé des motifs du projet voté au Sénat français en 1884, *J. S.*, 84-324.

truelle ou commerçante qu'elle continue à jouer ; tantôt, au contraire, disparition complète de cette seconde fonction devant la première : en ce cas, il y a changement complet d'objet ; au premier cas, au contraire, on peut soutenir qu'il y a seulement extension de l'objet social. D'autre part, au regard de la société cessionnaire, l'opération constitue le plus souvent une extension de l'objet social, puisqu'elle s'occupera désormais d'un ordre d'exploitation prévu par ses statuts, mais élargi par le fait même de l'acquisition de ce nouveau droit d'exploitation ; pour qu'il y ait changement d'objet, il faudrait supposer que cette nouvelle exploitation est absolument étrangère à l'objet déterminé par les statuts. Or, on sait que la jurisprudence a évolué dans un sens assez libéral en cette matière, et qu'elle se refuse aujourd'hui à considérer comme changement d'objet social l'adjonction de nouvelles exploitations autres que celles prévues par les statuts, mais présentant avec elles des liens assez étroits ; elle autorise, à titre de simple extension d'objet, certaines modifications imposées par le progrès de la science, comme par exemple l'installation d'une distribution d'énergie électrique par une société constituée primitivement pour l'éclairage au gaz (1).

185. Étendue de la cession. — Au reste, cette ingénieuse distinction du changement d'objet et de l'extension d'objet n'a pas de formule bien certaine (2), et l'on

(1) Civ. rej., 20 déc. 82, *D. P.*, 83-1-301 ; Orléans, 9 janv. 1901, *D. P.*, 03-2-201 ; Req., 6 déc. 1904, *D. P.*, 04-1-624 ; C. E., 22 juin 1900, *LEBOU*, 1900-465 ; C. E., 10 janv. 1902, *D. P.*, 03-3-19 ; P. PIC, *R. S.*, 1922-495 ; G. BOURCART, *Ass., gles*, n° 61, p. 230, THALLER, note *D. P.*, 93-1-113 ; WAHL, note *S.* 01-1-81.

(2) On peut même se demander si elle n'est pas condamnée par la

doit constamment la fonder sur d'autres considérations auxquelles s'attachent la plupart des arrêts : il est évident que *l'étendue* de la cession d'exploitation exerce une influence primordiale sur la question de savoir s'il y a ou non changement d'objet : si la société cède l'exploitation d'une faible partie de ses biens, ou même si, tout en cédant le seul fonds qui lui appartient, elle conserve un actif suffisant pour lui permettre d'acheter un autre fonds similaire et de continuer son exploitation, l'objet social n'est pas changé (1) ; si, au contraire, la cession se présente dans des conditions telles que la société cédante se trouve dépouillée de tous les éléments nécessaires à l'exploitation, il y a changement d'objet social (2). Voilà qui paraît difficile à concilier avec la distinction précédente de l'objet social et du mode juridique d'exploitation : si une société peut, sans changer son objet, exploiter indirectement par une autre société, pourquoi introduit-on ces distinctions entre la cession totale et la cession partielle d'exploitation ? Il semble qu'en bonne logique, on devrait conclure de la validité de l'exploitation indirecte sans changement d'objet à celle de la cession de la totalité de l'exploitation dans les mêmes conditions.

On peut faire le même reproche aux attendus des arrêts qui tiennent compte de la *durée* de la cession d'exploitation : puisqu'on admet que l'objet social n'est pas changé par le contrat de location, pourquoi le se-

rédaction de la loi de 1913 qui parle des « modifications touchant à l'objet », formule large qui englobe aussi bien l'extension que le changement d'objet ; cf. G. BOURCART, *Ann. dr. comm.*, 1914-339.

(1) Req., 1^{er} juin 1921, *R. S.*, 1922-112 (Sté American Park).

(2) Comp. Paris, 19 juin 1885, *D. P.*, 86-2-21 (Sté d'exploitation des tramways) ; Trib. comm. Bruxelles, 1^{er} déc. 1925, *R. P. S. B.*, 26-103.

rait-il davantage si le bail est de longue durée ? C'est en vain qu'on objecterait que le bail ainsi consenti constitue un acte de disposition, différent essentiellement du bail acte d'administration : la durée du contrat ne doit pas réagir sur l'objet social. Pourtant, il faut réserver le cas où la location serait de durée assez longue pour dépasser le terme statutaire d'existence de la société bailleresse ; sans doute, cette société peut se proroger par une assemblée extraordinaire ; mais, si elle ne le fait pas, les associés ne peuvent se partager l'actif à provenir de la liquidation sans compter avec les clauses du contrat de location ; en particulier, s'il s'agit d'une société en nom collectif, les associés restent tenus personnellement et solidairement de l'exécution des clauses de ce contrat comme de tous les engagements sociaux (1).

186. Location moyennant un prix fixe, et partage de bénéfices. — Il résulte encore de l'examen des espèces une distinction essentielle entre le contrat de location moyennant un loyer fixé d'avance, payable par échéances successives, et le contrat qui réserve à la société cédante une part des bénéfices devant résulter de l'exploitation ; entre ces deux contrats, il existe une différence de nature : l'un est un bail, l'autre un contrat innommé, ou peut-être même une société. Cette différence subsiste en matière de changement d'objet social : elle a fort bien été aperçue par M. Wahl dans la critique qu'il fait de l'arrêt de 1902 ; la substitution d'une entreprise à revenus fixes à l'entreprise indus-

(1) Trib. civil Seine, 7 mars 1913, *Gaz. Palais*, 10 mai 1913 ; comp. Civ. cass., 5 février 1924, *J. S.*, 25-429.

trielle « dont les bénéfices, soumis à des aléas constants, variaient chaque année, dont la prospérité dépendait des efforts successifs des administrateurs et provenait du caractère même de l'entreprise » est considérée par lui comme un changement d'objet social ; l'hésitation est au contraire permise au cas de participation de la société cédante aux bénéfices résultant de l'exploitation.

Pour la société cessionnaire de l'exploitation, c'est le contraire qui se produit : pas de difficulté lorsqu'elle consent une rémunération fixe ; mais, si on lui impose le partage des bénéfices, il en va tout autrement : s'il s'agit d'une société constituée antérieurement, qui s'occupait déjà d'une exploitation similaire, il y a non pas changement d'objet, mais modification statutaire consistant en un changement dans la répartition des bénéfices : il faut réunir l'assemblée extraordinaire aux quorums décroissants et à la majorité des deux tiers prévus par l'article 31 § 4 de la loi de 1867 (réduction du 22 novembre 1913). En effet, les actionnaires anciens qui touchaient la totalité des dividendes doivent maintenant compter avec la société cessionnaire de l'exploitation. Il est vrai qu'on pouvait éviter la tenue de cette assemblée extraordinaire en soutenant que la participation aux bénéfices n'est qu'un mode de paiement du droit d'exploitation, et que les actionnaires de la société cessionnaire de l'exploitation gagnent d'un côté ce qu'ils perdent de l'autre (1) ; mais cette considération n'est peut-être pas absolument décisive, et laisse en tous cas subsister la différence théorique entre

(1) C. HOUPIK, *J. S.*, 1906-5.

les deux modes de paiement de la cession d'exploitation.

Cette différence apparaît plus nettement encore, au regard de la société cédante, si l'on observe que la considération d'une certaine nature d'exploitation a été déterminante lors de la formation du pacte social : si l'on rattache, comme nous l'avons proposé, la notion d'objet social à celle de consentement des associés, en disant que chaque associé a contracté parce qu'il avait confiance en l'avenir de telle ou telle sorte d'entreprise, on est amené à traiter plus rigoureusement le contrat qui consacre simplement un bail de l'exploitation que celui qui maintient à la société cédante un intérêt à la bonne réussite de cette exploitation.

Mais on peut se demander s'il n'y a pas tout de même un changement profond quand la société cédante participe aux bénéfices de l'exploitation faite par la société cessionnaire : ce que les associés ont voulu, ce n'est pas seulement puiser leurs bénéfices éventuels à une certaine source en précisant la nature d'entreprise dans laquelle ils s'engagent, c'est aussi déterminer les règles financières auxquelles sera soumise l'exploitation : confier l'exploitation à une autre société, c'est l'abandonner à des tiers en qui les associés peuvent n'avoir qu'une médiocre confiance ; c'est surtout renoncer délibérément à une partie des risques et par conséquent, des bénéfices de l'entreprise. Dans une mesure moindre, c'est donc éviter l'aléa comme dans la location à loyer fixe. Or, c'est une conséquence logique de la distinction admise par la jurisprudence entre mode technique et mode juridique d'exploitation que d'autoriser, sans exiger les délibérations relatives au changement d'objet, la cession d'exploitation moyennant loyer fixe

aussi bien que moyennant partage des bénéfices. C'est elle que critique M. Wahl au nom des principes. Mais la jurisprudence reste fidèle aux solutions libérales consacrées par la Chambre des Requêtes.

Même, un arrêt de la Cour d'Aix, rendu en 1907, semble pousser le libéralisme encore plus loin, et peut passer pour une déclaration de principes qui s'oppose à la critique sévère de M. Wahl : d'après cet arrêt, le but de toute société, c'est la recherche et le partage de bénéfices aussi importants que possible ; ce but serait manqué si aucun changement ne pouvait être apporté dans le mode d'exploitation ; l'espèce ne diffère pas beaucoup de celle sur laquelle statuait la Chambre des Requêtes : il s'agit d'un contrat par lequel la Société des tuileries et briqueteries du Midi loue à la Société des tuileries de Marseille une usine, avec toutes ses charges et tous ses privilèges, moyennant un loyer de 20.000 francs par an (1) ; mais les attendus de l'arrêt sont très significatifs ; c'est la justification du changement par son utilité ; s'il n'était fait une réserve touchant « l'obligation de respecter l'objet en vue duquel la société a été créée », cet arrêt supprimerait toute difficulté en permettant tout ; mais la Cour d'Aix, par cette prudente incidente, laisse subsister les distinctions antérieures, et son innovation se réduit à des considérations générales auxquelles chacun peut facilement souscrire.

(1) Aix, 18 novembre 1907, *J. S.*, 1909-114.

LIVRE III

DES GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS

187. **Considérations générales.** — Le mouvement de concentration industrielle et commerciale, qui se poursuit depuis un demi-siècle, aboutit à la formation d'organismes appelés les uns cartels, les autres trusts par les économistes.

Au point de vue juridique, cartels et trusts sont le résultat de conventions d'alliance ou d'entente passées entre des entreprises voisines ou rivales ; ce sont des groupements de sociétés.

Leur étude se rattache étroitement à tous les développements que nous avons donnés précédemment : jusqu'ici, nous avons envisagé le cas d'une société-mère qui crée une filiale, ou qui participe au fonctionnement de celle-ci. Nous nous occupons maintenant du cas où plusieurs sociétés civiles ou commerciales traitent sur un pied d'apparente égalité, pour assurer à chacune d'elles les avantages économiques de la concentration des entreprises ; mais il s'agit toujours de l'intervention d'une société dans le fonctionnement d'une autre société, puisque le contrat conclu entre

deux sociétés exerce nécessairement une influence sur la vie juridique de ces deux sociétés.

Il est bien certain que le lien entre les sociétés contractantes peut être plus ou moins étroit, selon les termes de la convention qu'elles ont conclue. Nous n'aurons à nous occuper que des conventions qui établissent entre deux ou plusieurs sociétés des liens étroits et durables ; nous écarterons l'étude des combinaisons purement spéculatives appelées dans la langue de l'Économie politique *corners* ou *pools* : de telles ententes ont essentiellement pour but de réaliser une coalition passagère, et de provoquer des variations de prix très brusques, mais sans lendemain ; elles peuvent éventuellement tomber sous le coup de l'article 419 du Code pénal, modifié par la loi du 6 décembre 1926, ou tout au moins encourir la nullité civile des articles 6 et 1131 du Code civil.

En revanche, nous devons nous attacher aux ententes contractées par deux ou plusieurs sociétés pour une durée assez longue, et qui doivent réagir sérieusement sur l'organisation de ces sociétés. Parmi ces ententes, nous aurons surtout à insister sur celles qui aboutissent à créer une société nouvelle formée par les sociétés contractantes ; les « sociétés de sociétés » sont aujourd'hui assez répandues pour mériter un examen tout spécial.

Notre étude des groupements de sociétés se divisera donc en deux parties :

CHAPITRE PREMIER. — Des conventions entre sociétés ayant pour effet la création d'un organisme de contrôle ou de gestion pourvu lui-même de la personnalité juridique.

CHAPITRE II. — Des sociétés de sociétés.

CHAPITRE PREMIER

Des groupements de sociétés pourvus de la personnalité juridique.

188. Variétés d'ententes entre sociétés. — Parmi les ententes entre sociétés, il en est qui sont de simples contrats destinés à demeurer secrets : ce sont des ententes en vue d'améliorer les relations commerciales des sociétés contractantes ; elles ne créent pas d'organismes nouveaux, ou, si elles en créent, ces organismes n'ont pas la personnalité juridique.

D'autres, au contraire, ont pour effet de faire naître un organisme nouveau de contrôle ou de gestion, qui se trouve pourvu de la personnalité juridique. Nous devons, dans une première section, donner un aperçu des conditions auxquelles est subordonnée la création d'un véritable groupement de sociétés, pour rechercher ensuite quelles sont les variétés de groupements qu'on peut adopter.

SECTION I.

Convention d'entente et groupements de sociétés.

189. Cartels, « trusts », « konzerns ». — Deux sociétés voisines peuvent s'entendre en fait pour avoir les rela-

tions commerciales les meilleures, pour se prêter éventuellement un appui financier, pour se partager les débouchés, pour limiter leur concurrence ; un rapprochement se fait ainsi, même sans conventions expresses, par suite d'une simple communauté d'intérêts. C'est une entente morale, elle est à la merci d'un changement dans la conduite de l'une des sociétés en question. Selon la comparaison heureuse de M. Henry, « c'est une union libre, à laquelle il manque la consécration officielle d'un mariage régulier (1) ».

On conçoit que les sociétés qui ont un intérêt sérieux à se rapprocher préfèrent contracter une entente régulière : ces sociétés peuvent, ou bien passer entre elles des contrats multiples sur des points spéciaux, ou bien convenir de la création d'un organisme commun chargé soit de contrôler l'exécution de leurs obligations réciproques, soit même de gérer un certain nombre de biens mis en commun. Nous ne nous occuperons désormais que de cette seconde forme d'entente.

Il en existe de nombreuses variétés ; sans prétendre ici reprendre un travail qu'ont souvent essayé les économistes, il est bon d'esquisser un tableau des différents aspects que présentent les ententes entre producteurs. On distingue les *cartels*, qui sont de simples ententes à fin de monopole, et les *trusts*, qui sont de grandes combinaisons financières tendant à réaliser, dans le sens le plus large du mot, une fusion des entreprises jusqu'alors indépendantes (2). On y ajoute la

(1) A. HENRY, *J. S.*, 1919-163.

(2) H. TRUCHY, *Cours*, I, liv. II, chap. v ; LÉON MAZEAUD, *Ententes industrielles et commerciales en France*, p. 12. Comp. à Hongrie : LADISLAS NDAS, *le Droit hongrois des Cartels et des honzerns*, trad. française par L. Beaudoin. Paris, 1929.

forme du *konzern* dont les exemples les plus remarquables se sont rencontrés en Allemagne depuis la guerre : le *konzern* est une union qui groupe à la fois les producteurs d'une même marchandise (intégration horizontale), et les industries concourant à la fabrication de cette marchandise depuis l'extraction de la matière première, jusqu'à l'achèvement du produit (intégration verticale). Mais le *konzern* ainsi défini n'est lui-même qu'un groupement de cartels ou de trusts ; il n'a pas de particularités juridiques, ou plutôt, il les emprunte à la fois aux cartels et aux trusts. Nous n'aurons donc pas à nous y arrêter. Les trusts peuvent se former par les procédés juridiques les plus divers : soit par l'un des procédés qui permettent à une société d'acquérir ce que les Anglais appellent le *contrôle* d'une autre société : unité de direction et d'administration, acquisition de la majorité des actions ou tout au moins des voix dans les assemblées générales, création d'une société centrale, *omnium* ou *holding company* ; mais le but économique est toujours le même : réunir deux ou plusieurs entreprises sous la même direction commerciale et sous la même direction technique.

Les cartels poursuivent, au contraire, des buts multiples : d'une manière générale, ils ne limitent la liberté de leurs membres que sur un petit nombre de points déterminés à l'avance ; mais on distingue, suivant leur objet :

a) Les cartels de vente, qui réglementent les conditions dans lesquelles se fera la vente des produits offerts par leurs membres. Ils sont parfois de simples intermédiaires qui se bornent à transmettre les commandes aux adhérents, et ce sont des mandataires ;

mais ils peuvent aussi traiter en leur nom propre avec le public, puis transmettre ensuite les commandes reçues à leurs adhérents (1) : ils jouent alors le rôle d'un commissionnaire. Enfin, ils peuvent acheter aux adhérents, pour revendre ensuite au public : ce sont, en ce cas, de véritables commerçants indépendants (2) ;

b) Les cartels d'achat réglementent à la fois les conditions dans lesquelles on se procure la main-d'œuvre et celles auxquelles on achète les matières premières ;

c) Les cartels à objets divers, tels que la limitation de la production, la réglementation de l'exportation ou de l'importation, la répartition de la production et des débouchés entre les adhérents.

Les cartels peuvent résulter de simples conventions écrites ou même verbales ; mais cette forme élémentaire tend de plus en plus à céder la place à d'autres formes plus complexes : on constitue des bureaux d'achat et de vente ; le progrès de la concentration consiste à doter ces bureaux, ces comptoirs, d'attributions de plus en plus larges ; on cherche la forme juridique qui répond le mieux à ce besoin, et c'est ainsi que se pose dans la pratique la question qui doit maintenant nous retenir : sous quelles formes juridiques les ententes industrielles et commerciales doivent-elles se constituer ?

190. Groupements de sociétés. — Quelle que soit sa nature, la véritable entente entre producteurs a toujours à sa base un contrat : convention verbale ou écrite, elle fait toujours naître des obligations réciproques ; il est évident que l'écrit donne aux parties

(1) Comme par exemple le Comptoir métallurgique de Longwy.

(2) C'est ce que faisaient les fabricants de céramique de Grenoble.

plus de sécurité, et qu'il est presque toujours employé. Reste à déterminer la nature juridique du contrat intervenu ; on ne peut exiger l'adoption d'une forme unique : la variété des buts économiques poursuivis commande une variété de moules juridiques. Nous devons seulement indiquer les plus importants d'entre eux, en précisant leurs caractères essentiels et les conditions de leur emploi.

L'entente entre producteurs, pour avoir une véritable puissance, doit être pourvue d'un organe central de contrôle ou de gestion : on doit non seulement éviter des procès dont la source peut être la mauvaise volonté d'un seul des adhérents, mais encore faciliter l'exécution des conventions conclues, prendre des décisions rapides et inattaquables ; le moyen consiste dans la création d'un groupement indépendant, constitué par les sociétés contractantes, et pourvu lui-même de la personnalité morale.

Sans doute, cette création d'un organe central, d'un groupement de sociétés, présente-t-elle ou peut-elle présenter l'inconvénient de découvrir aux yeux de tous l'accord entre ces diverses sociétés. Mais, si le but poursuivi par l'entente est licite, le groupement de sociétés est le meilleur moyen de le réaliser. Au reste, c'est l'aboutissement normal du mouvement de concentration : les individus se groupent en sociétés, celles-ci se groupent à leur tour suivant des formes juridiques que nous allons préciser. Les Américains connaissent depuis assez longtemps déjà la puissance des trusts constitués en groupements de sociétés ; le *konzern* allemand d'après-guerre en est la forme la plus moderne. Les ententes nationales ont besoin d'un groupement pour

lutter avec chances de succès contre la concurrence étrangère ; à plus forte raison, les ententes internationales sont-elles nécessairement constituées en groupements.

SECTION II.

Des diverses formes juridiques des groupements de sociétés.

191. **Aperçu de ces formes.** — Un groupement de sociétés peut adopter, selon les cas, l'une des formes de groupements réglementées par la loi : syndicat professionnel, association à but désintéressé, société civile, société commerciale en participation, en nom collectif, en commandite simple, à responsabilité limitée, en commandite par actions ou société anonyme.

Il peut aussi ne se constituer sous aucune de ces formes et emprunter à plusieurs d'entre elles certains de ces caractères : il résulte alors d'un simple contrat innommé. Nous devons reprendre successivement chacune de ces formes.

192. **Groupements de sociétés constitués en associations** (loi du 1^{er} juillet 1901). — La définition donnée par l'article 1^{er} de la loi de 1901 est très large ; elle exclut seulement le groupement constitué en vue de partager des bénéfices, qui est une société. Mais on n'est pas entièrement d'accord sur le sens qu'il convient d'attribuer aux mots « partage de bénéfices » ; en général, ces mots sont entendus par les interprètes de l'article 1832 du Code civil dans un sens étroit : les

bénéfices, ce sont les gains pécuniaires, les profits matériels qui s'ajoutent à la fortune des membres de la société (1). Il en résulte que tout groupement constitué en vue d'éviter des pertes, sans espérer d'avantages positifs, échappe à la définition de l'article 1832 (2). Ce point de vue du droit français actuel contredit la vieille notion romaine de société : le Droit romain ne connaissait pas notre division bipartite entre société et association, il appliquait les règles de la société à des groupements à but désintéressé (3). Rationnellement, comme les deux définitions de l'article 1832 du Code civil et de l'article 1^{er} de la loi de 1901 reproduisent les mêmes termes : « partage de bénéfices », on devait attribuer à ceux-ci le même sens dans les deux cas, c'est-à-dire que tout groupement devrait être soit une société, soit une association. Mais, plusieurs auteurs, tout en maintenant au mot « société » le sens étroit que nous lui avons assigné, limitent aussi la notion d'association (4) ; ils laissent donc le champ libre à la conclusion d'un contrat innommé participant à la fois de la société et de l'association ; d'autres, plus logiques, proposent une extension de la notion de société au détriment de celle d'association, en faisant coïncider leur limite, mais en qualifiant société tout groupement comportant un intérêt pécuniaire (5) ; toutefois, les termes de la loi sont formels : il s'agit d'un partage de bénéfices, et non pas

(1) Cass. Ch. réunies, 11 mars 1914, *D. P.*, 14-1-259, note L. SARRUT ; M. NAST, note *D. P.*, 1911-1-473 (sous Req., 25 avril 1910). Comp. P. KAYSER, *Thèse Nancy*, 1928.

(2) A. WAHL, *J. S.*, 1898-295 ; *J. S.*, 1905-340 ; *J. S.*, 1906-51.

(3) *Dig.*, XVII-2-52-13 *in fine* ; E. GUQ, *Manuel*, p. 496.

(4) TROUILLOT et CHAPSAL, p. 38.

(5) PLANIOL, II, n° 1990 ; THALLER, n° 226 bis ; GAUDEMET, note S. 1913-1-482 ; MICHOD, I, p. 245.

de la poursuite d'un intérêt pécuniaire commun; on fausse le sens de la loi pour étendre les règles de faveur édictées pour les sociétés. Nous considérons donc comme des associations tous les groupements qui se constituent dans un but désintéressé, ou même dans un but intéressé, pourvu que ce but ne soit pas le partage des bénéfices réalisés en commun.

Les groupements de sociétés peuvent donc assez souvent revêtir la forme d'une association : tout d'abord, tous les groupements constitués en syndicats professionnels sont des associations, puisque le syndicat lui-même est une variété d'association qui bénéficie d'une réglementation de faveur. Ensuite, certains cartels qu'on ne peut analyser, ni comme sociétés, ni comme syndicats professionnels, peuvent fort bien être tenus pour des associations : il en est ainsi notamment de tous les comptoirs de vente qui jouent le rôle de commissionnaires entre le public et leurs adhérents ; ce ne sont pas des sociétés, puisqu'ils ne prélèvent aucun bénéfice ; ce ne sont pas des syndicats professionnels, puisqu'ils « opèrent sous leur nom et sous leur responsabilité », ce que leur défend l'article 5 nouveau de la loi de 1884 (article 16 du livre III du Code du travail) ; ce sont des associations ordinaires soumises à la loi de 1901.

Les trusts qui se constituent sans dissolution d'une des sociétés contractantes, c'est-à-dire autrement que par fusion, sont même considérés par un auteur comme de véritables associations : ils présentent, d'après M. Levy-Ullmann (1), tous les éléments requis par l'article 1^{er} de la loi de 1901 : groupement permanent,

(1) LEVY-ULLMANN, note S. 1901-2-228. Comp. B. RAYNAUD, *R. G.*, 1904-360.

mise en commun d'activité, but licite autre que le partage de bénéfices réalisés en commun. Mais il semble difficile de ramener à une forme unique la réalisation des buts très variés poursuivis par les trusts, et ceux-ci ont parfois un objet qui les exclut du cadre tracé par la loi de 1901.

Quoi qu'il en soit, les sociétés contractantes ne peuvent évidemment pas lier le jugé par la qualification qu'elles prétendent donner à leur groupement : elles peuvent avoir intérêt à dissimuler la forme de l'association sous l'apparence d'un contrat de société, ou d'un contrat innommé, soit pour étendre la capacité du groupement, soit pour éviter la formalité de la déclaration à la Préfecture (art. 5 de la loi de 1901). L'association, même déclarée, ne peut avoir que les immeubles indispensables à l'accomplissement de son but ; elle ne peut pas acquérir à titre gratuit : pareille capacité ne résulterait que d'un décret de reconnaissance d'utilité publique (article 10), ce à quoi l'entente industrielle ne peut guère prétendre. Enfin, les associations composées en majeure partie de société étrangères, ou dont les administrateurs sont des étrangers, s'exposent aux sanctions de l'article 12 de la loi de 1901.

A l'inverse, l'association présente l'avantage d'éviter le droit proportionnel d'enregistrement de 3 0/0 qui est perçu lors de l'apport en société, ou celui plus élevé qui est dû lors de la mutation dans tous les autres contrats ; elle n'exige pas d'autres formalités, en particulier pas d'autre publicité, que la déclaration requise par la loi, et encore peut-elle exister sans être déclarée, si elle renonce au bénéfice de la personnalité juridique.

Mais, le plus souvent, les sociétés qui contractent une alliance préfèrent éviter la forme de l'association qui ne confère qu'une capacité restreinte.

193. Groupements constitués en syndicats professionnels (Articles 1^{er} à 26 du livre III du Code du travail). Une société peut faire partie d'un syndicat professionnel, comme peut le faire une personne physique ordinaire : la société, considérée en tant qu'être moral, est un commerçant ou un industriel, et ses prérogatives sont les mêmes que celles des industriels ou des commerçants individus.

Un syndicat professionnel peut même théoriquement être composé exclusivement de sociétés : aucun texte, aucun principe ne s'y oppose, le raisonnement est identique à celui qui autorise la création de « sociétés de sociétés ». L'article 4 de la loi de 1884 exige seulement que tous les membres du syndicat chargés de l'administration ou de la direction de ce syndicat soient de nationalité française. Comme on confère aux sociétés une nationalité, rien n'empêchera la constitution d'un syndicat professionnel, dont quelques membres seront les sociétés étrangères, mais dont l'administration et la direction seront confiées à des sociétés françaises ; ces sociétés agiront par l'organe de leurs gérants ou administrateurs comme font les sociétés désignées comme gérant ou comme administrateur d'une autre société.

Un syndicat professionnel est une variété d'association soumise par la loi à un régime de faveur ; mais la définition donnée par l'article 3 de la loi de 1884 renferme le syndicat professionnel dans des limites étroites :

il est rare que son but corresponde exactement à celui que se proposent les sociétés qui contractent une entente (1). Cependant le comptoir de vente ou d'achat qui se borne au rôle de simple intermédiaire entre le public et les adhérents est, sans aucun doute, un syndicat professionnel : il ne partage pas de bénéfices entre ses membres, il a bien pour but la défense d'intérêts industriels ou commerciaux, il n'excède pas la capacité reconnue aux syndicats professionnels par l'article 5 nouveau (article 19 du livre III du Code du travail).

Il en est de même du comptoir d'achat qui agit en son nom, mais pour le compte de ses adhérents, c'est-à-dire de celui qui joue le rôle de commissionnaire, l'article 5 nouveau (article 16, livre III du Code du travail) lui permet, à condition de ne pas distribuer de bénéfices, d'acheter pour les louer, prêter ou distribuer entre ses membres tous objets nécessaires à l'exercice de sa profession. Cette disposition est entendue très largement par les interprètes de la loi (2).

Les cartels à objets variés, tels que la répartition de la production, le partage des débouchés, la limitation de la production, la formation d'une caisse de secours, peuvent ainsi adopter la forme du syndicat professionnel, car ils répondent tous à la définition proposée par la loi de 1884.

Le moule juridique du syndicat professionnel est donc d'un emploi courant; mais il présente l'inconvénient majeur de laisser chacun des adhérents libre de se

(1) V. pourtant A. AMIAUD, *Nouvelles Formes d'ententes entre producteurs*, p. 68; BOULLAY, *Rev. cathol. inst. du droit*, 1890-49; R. GARRAUD, *Droit criminel*, VI, n° 2458.

(2) LÉON MAZEAUD, *op. cit.*, p. 45; PIC, *R. S.*, 1922-54; cf. *Trav. prép.*, *J. O.*, 23 janvier 1917, Sénat, p. 611.

retirer à tout moment : l'article 7 de la loi de 1884 (article 8, livre III du Code du travail) le dit en termes formels ; la jurisprudence a fait application de ce principe au Syndicat des sériciculteurs de Millas (1). Sous la réserve de l'abus du droit, toute société membre d'un syndicat professionnel peut donc échapper à ses obligations en se séparant de ce groupement.

194. Groupements de sociétés constitués en sociétés.

— Nous réservons l'étude de ces « société de sociétés » pour le chapitre suivant. Disons seulement qu'en raison de sa capacité très large, des formes variées que réglemente la loi, de la faveur avec laquelle le fisc traite les apports, la société de sociétés tend à devenir de plus en plus le type juridique du groupement de producteurs (2).

195. Groupements de sociétés résultant de contrats innommés. — La division bipartite établie par la loi entre sociétés et associations devrait théoriquement amener à considérer tout groupement, soit comme une société, soit comme une association. Pourtant, nous avons déjà noté les hésitations qui se sont manifestées en doctrine comme en jurisprudence sur le sens qu'il convient d'assigner aux mots « partage de bénéfices ». Plusieurs auteurs refusent de considérer comme associations les groupements qui ne poursuivent pas un but complètement désintéressé ; si l'on ne veut pas étendre

(1) Civ., 25 nov. 1913, S. 1914-1-20.

(2) Quelques auteurs paraissent même considérer tous les cartels comme des sociétés : MICHOUX, I, p. 251 ; PICHAT, *Contrat d'association*, n° 10 ; PIC, p. 8, note 1. Cette opinion méconnaît l'existence des cartels qui poursuivent un but autre que le partage de bénéfices. V. ci-dessus.

outre mesure la notion de société, de pareils groupements, s'ils n'ont pas pour but la recherche de bénéfices à partager, mais seulement par exemple une protection contre l'avilissement des cours, doivent être considérés comme des contrats innommés (1); on pourrait même y ajouter le comptoir de vente agissant en son nom, mais pour le compte de ses adhérents, cartel que nous avons considéré comme une association; « si l'on en fait une association, écrit M. Léon Mazeaud, on lui refuse la large capacité qui lui est indispensable et l'on aboutit à la nullité de tous les actes. Aussi faut-il décider, par nécessité pratique, que ce cartel est un contrat innommé (2) ». Nous éprouvons quelque scrupule à nous ranger à cette opinion, qui fait bon marché de la division rigoureuse établie par la loi; nous croyons qu'il est nécessaire, sous peine de laisser à l'interprétation une liberté qui pourrait parfois confiner à l'arbitraire, de s'en tenir aux cadres légaux. Sans doute, le droit ne doit-il pas se borner à un commentaire des textes; mais on ne doit pas laisser en notre hypothèse des sociétés libres de se dérober aux règles de l'association tout en poursuivant le but qui caractérise cette sorte de groupement.

Il est vrai que la loi elle-même ouvre une brèche dans la distinction bipartite qu'elle établit entre les groupements, quand elle réglemente les sociétés coopératives à capital variable, les sociétés d'assurances mutuelles et les sociétés tontinières, en les faisant participer à la fois de la société et de l'association. Mais, il

(1) Comp. Douai, 22 janvier 1912. *Gaz. soc.*, 1912-290; et Paris, 7 mai 1908, *D.P.*, 1900-2-337; TROUILLOT et CHAPSAL, p. 38.

(2) LÉON MAZEAUD, *op. cit.*, p. 48.

n'en reste pas moins que le groupement dont le but n'est pas un partage de bénéfices — réserve faite des controverses sur le sens exact de ce mot « bénéfices » — est une association ; la réglementation spéciale établie par la loi pour soumettre certains de ces groupements à quelques-unes des règles qui gouvernent les sociétés, loin de contredire ce principe, ne fait, au contraire, que le confirmer.

CHAPITRE II

Sociétés de sociétés.

196. **Importance.** — Par l'organisation solide que lui confère la réglementation légale, la société est le type le plus parfait des groupements de droit privé. Les ententes industrielles et commerciales ont grand intérêt à adopter une des formes de sociétés prévues par la loi. Et la pratique offre de plus en plus d'exemples de sociétés composées exclusivement de sociétés.

La société de sociétés est une société ordinaire dont tous les associés sont des personnes morales au lieu d'être des personnes physiques. Le problème qui se pose est de savoir dans quelle mesure les rôles qui sont ordinairement remplis par des individus peuvent l'être par des sociétés ; cette question se rattache donc directement à celles que soulève l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société. Nous aurons souvent à renvoyer à nos développements précédents ; mais nous croyons utile de présenter un ensemble des difficultés spéciales aux sociétés de sociétés. Jusqu'à ces dernières années, on

s'en était peu occupé en France ; aujourd'hui, la matière a fait l'objet d'excellents articles auxquels nous faisons de larges emprunts (1).

197. **Plan.** — Nous examinerons successivement :

- 1° La validité des sociétés de sociétés ;
- 2° Les différentes formes adoptées par les sociétés de sociétés ;
- 3° La constitution des sociétés de sociétés ;
- 4° Le fonctionnement des sociétés de sociétés ;
- 5° La dissolution et la liquidation des sociétés de sociétés.

§ 1^{er}. — VALIDITÉ DES SOCIÉTÉS DE SOCIÉTÉS.

198. — Nous savons qu'une société peut, en tant qu'être moral, intervenir comme souscripteur ou comme fondateur à la constitution d'une autre société ; nous avons vu aussi qu'une société peut participer au fonctionnement d'une autre société, soit en tant qu'associé ou actionnaire, soit même comme gérant ou administrateur de celle-ci. Nous avons réfuté les objections théoriques qu'on a prétendu soulever contre cette participation : les sanctions établies par la loi civile et par la loi pénale sont respectées ; les fonctions assignées à la société participante sont pratiquement remplies par ses organes personnes physiques.

Si, au lieu de considérer le cas général d'une société participante, on pousse le raisonnement à l'extrême, en

(1) Surtout A. HENRY, *J. S.*, 1919, 160 ; E. DEMONTES, *R. C.*, 1928, 37 ; — Comp. en Allemagne : RUDOLF MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht* (1921), I, p. 396-402 (Kartelle und Syndikate).

considérant le cas d'une société où tous les rôles importants sont confiés à des sociétés, on arrive à reconnaître la possibilité de constituer et de faire fonctionner une « société de sociétés ». Les objections sont les mêmes que celles que nous avons écartées dans nos développements précédents.

Ajoutons que les groupements entre groupements sont possibles de la manière la plus générale en droit français : ce n'est que l'aboutissement normal du mouvement de concentration si souvent décrit par les économistes. En matière juridique, comme en tous autres domaines, il est bien vrai de dire que l'union fait la force. Aussi voit-on, à côté des sociétés de sociétés, se développer des associations de sociétés, des syndicats de sociétés (1), des syndicats de syndicats (2), des associations d'associations (3).

En droit public, notre loi municipale autorise la création de syndicats de communes (articles 169 à 180, loi du 5 avril 1884). Un arrêt de la Cour de Bruxelles autorise même les communes à se réunir, au même titre que des individus, ou que des sociétés, pour former une société coopérative commerciale pourvue de la personnalité juridique (4). En France, une pareille solution ne serait permise que moyennant certaines réserves : on admet qu'une commune, comme un département, ou même comme l'État, puisse être actionnaire

(1) V. *suprà*, n° 192 et 193.

(2) Article 6, loi 21 mars 1884, rédaction du 12 mars 1920.

(3) TROUILLOT et CHAPSAL, p. 125 ; HOUPEL et BOSVIEUX, n° 37 ; *J. O.*, Chambre, 8 février 1901, p. 327 ; Sénat, 18 juin 1901, p. 901 ; articles 7 et 10, décret 16 août 1901 ; CROUZIL, *Rec. Académie de Toulouse*, 1909-87.

(4) Bruxelles, 7 janvier 1921, *Pas.*, 1922-2-199.

d'une société anonyme, mais aucune de ces personnes de droit public ne pourrait entrer dans une société en nom collectif, par exemple, puisque tous les associés en ont la qualité de commerçants; nous pouvons admettre l'idée, bien qu'elle soit plus théorique que pratique, d'une société anonyme formée entre sept communes au moins, nous ne concevons pas qu'une administration publique fasse partie d'une société en nom collectif.

Nous avons aujourd'hui dans notre droit au moins un texte formel qui reconnaît la validité des sociétés de sociétés: c'est l'article 5 de la loi du 7 mai 1917 sur les coopératives de consommation; ce texte prévoit, entre sociétés coopératives de consommation et de production, la constitution d'unions sous la forme de sociétés à personnel et à capital variables, pour l'achat en commun des objets de consommation qu'elles débitent, et du matériel dont elles se servent, ainsi que pour l'accomplissement de leurs opérations de crédit.

Plusieurs auteurs prétendent tirer argument de la loi du 26 avril 1917 sur les sociétés à participation ouvrière (articles 72 à 80, loi du 24 juillet 1867): à côté des actionnaires porteurs d'actions de capital, il y a, dit-on, la coopérative de main-d'œuvre; c'est une société commerciale propriétaire des actions de travail; mais, en réalité, la collectivité des salariés n'est pas une véritable société commerciale; ce n'est qu'un simple groupement, sans apports individuels, et l'on ne peut découvrir dans la loi du 26 avril 1917 un argument en faveur des sociétés de sociétés.

Au reste, est-il besoin de textes? Il s'agit là d'une manifestation spontanée de la vie économique; il nous

suffit qu'elle ne trouve aucun obstacle dans les principes juridiques essentiels.

§ 2. — DES FORMES ADOPTÉES PAR LES SOCIÉTÉS
DE SOCIÉTÉS.

199. Conditions pour que le groupement de sociétés soit constitué en société. — Pour qu'on soit en présence d'une véritable société de sociétés, il faut, bien entendu, que se trouvent réunis tous les éléments requis pour la formation d'une société : il faut qu'il y ait : 1^o constitution d'un fonds commun, au moyen d'apports de chacune des sociétés contractantes ; 2^o participation de chaque société aux bénéfices réalisés et aux pertes subies ; 3^o intention commune de repartir entre toutes les sociétés contractantes les bénéfices réalisés.

Il n'est pas toujours facile de distinguer la société de plusieurs autres contrats voisins : nous avons essayé de distinguer entre société et association (1) ; il existe parfois une grande analogie entre le contrat de société et le contrat de bail, ou entre la société et le louage de services ; c'est alors l'*affectus societatis* qui seul permet de caractériser la société. Nous en avons rencontré un exemple en étudiant les conventions par lesquelles une société cède à bail à une autre société moyennant une part dans les bénéfices réalisés, tout ou partie des immeubles servant à son exploitation ; quand il y a intention de se partager des bénéfices réalisés en commun, il y a société ; par exemple, la convention par

(1) V. à ce sujet les thèses déjà citées de M. HATEM (Paris, 1906) et de P. KAYSER (Nancy, 1928).

laquelle un titulaire de brevets concède à une autre personne le droit d'exploiter ces brevets, avec stipulation que les bénéfices et les pertes seront partagés suivant un pourcentage établi à l'avance, est bien une société (1) ; ce serait un bail si la cession avait lieu pour un temps déterminé moyennant un loyer fixe.

Lorsque deux ou plusieurs sociétés ont conclu un contrat de société, encore faut-il qu'elles se conforment aux règles édictées par la loi pour la forme qu'elles veulent adopter. Nous n'avons pas à préciser ici les caractères propres aux différentes formes de sociétés ; nous ne reviendrons pas sur les formalités auxquelles est subordonnée la constitution définitive des sociétés par actions. Nous devons seulement indiquer quels sont, pour les sociétés contractantes, les avantages à espérer de l'adoption de l'une ou de l'autre forme.

200. Société civile de sociétés. — La « supersociété » peut être *civile* ou commerciale : son caractère dépend de l'objet qui lui est assigné ; il n'est fait exception que pour les sociétés à objet civil qui prennent la forme d'une société par actions (art. 68 de la loi de 1867, ajouté par la loi du 1^{er} août 1893) et pour les sociétés à responsabilité limitée (art. 2, loi du 7 mars 1925) qui sont obligatoirement des sociétés commerciales. La société civile peut se composer non seulement de sociétés civiles, mais de sociétés commerciales. Nous avons vu qu'une société de forme quelconque peut participer à la création et au fonctionnement d'une autre société de forme quelconque. Une société commerciale peut, sans

(1) Bruxelles, 5 novembre 1913, *R. P. S. B.*, 1914-81 ; Seine, 2 juin 1899, *R. P. S. B.*, 9899-280.

perdre son caractère, faire des opérations civiles, à la condition que son objet principal reste commercial. Inversement, une société commerciale peut se composer soit en partie, soit en totalité, de sociétés civiles. La question du choix de la forme civile ou commerciale ne se posera pas, puisque cette forme sera imposée par l'objet d'exploitation choisi. Ce n'est pas à dire que les sociétés contractantes n'aient pas intérêt à adopter plutôt l'une ou l'autre sorte de sociétés. La société civile présente divers avantages sur les sociétés de commerce : elle permet d'éviter la publicité requise par la loi pour les sociétés commerciales ; elle n'est pas assujettie à l'obligation de tenir des livres de commerce ; elle ne peut être déclarée en faillite, ni, à plus forte raison, entraîner directement la faillite de ses associés. En raison de ces avantages, les sociétés contractantes pourraient avoir l'idée de constituer entre elles une société civile, soit en donnant à leur groupement un objet principalement civil, soit en simulant le caractère civil de son objet. Mais l'apparence ne suffit pas : quand l'objet réel est principalement commercial, la société est commerciale ; malgré la qualification donnée, c'est une société en nom collectif, et cette société est nulle si elle n'a pas été publiée (1).

201. Association en participation formée entre sociétés. — Parmi les sociétés commerciales, la super-société pourrait tout d'abord adopter le type de la *société en participation* (2). Les avantages résident à

() HÉMARD, n° 185 ; Amiens, 28 déc. 1904, *J. S.*, 1906-10 ; Paris, 6 déc. 1852, *J. T. C.*, 1853-95 ; 22 avril 1863, *J. T. C.*, 1864-27, *T. Comm. Seine*, 17 août 1887, *J. Faill.*, 1887-440.

(2) C'est ce qu'avait fait par exemple la célèbre entente des fabri-

la fois dans le défaut de publicité, par conséquent dans le caractère secret du groupement; dans le fait qu'on écarte pour ce type de société deux conditions essentielles du contrat de société : l'existence d'un fonds commun, et l'obligation pour chaque associé de réaliser un apport; et enfin dans l'absence de droits d'enregistrement lors de la création de la société. La constitution d'une supersociété en participation serait donc très simple et assurerait aux sociétés participantes le secret de leur convention. Mais la société en participation n'est jamais qu'un organisme imparfait, en raison même de son caractère occulte; les sociétés qui traitent sur un pied d'égalité hésiteront à confier à l'une d'entre elles le soin exclusif de représenter leurs intérêts communs aux yeux des tiers, et l'absence de personnalité juridique empêchera la société en participation d'être un groupement pourvu de tous les moyens d'action nécessaires.

202. Société en nom collectif de sociétés. — La *société en nom collectif* est un moule commode aux sociétés qui désirent se grouper en donnant à leur union beaucoup de cohésion, et en faisant prédominer l'élément personnel; elle n'exige pas de formalités autres que la rédaction d'un écrit et la publicité légale; les droits d'enregistrement sont proportionnels au montant des apports, au tarif de 3 0/0. Mais cette forme ne convient qu'à des sociétés qui se font entre elles entière confiance, et qui ont une situation financière solide, puisqu'au cas

cants de faïence de Nevers, annulée par la Chambre civile le 18 juin 1828 comme contraire à la liberté du commerce; *id.*, l'entente pour la vente des glaces de Saint-Gobain en 1903; cf. LAUR, *Accaparement*, III, p. 281; AMIAUD, *op. cit.*, p. 74; *suprà*, n° 42.

de faillite de la supersociété, toutes les sociétés associées sont personnellement déclarées en faillite. En outre, il peut y avoir une difficulté de fait pour libeller la *raison sociale* : celle-ci comprend d'habitude les noms de tous les associés en nom collectif, ou le nom d'un seul ou de plusieurs d'entre eux, suivi des mots : « et compagnie ». Il sera singulier de faire figurer à la raison sociale la dénomination des sociétés anonymes qui pourront être associées en nom collectif. Mais, tout d'abord, on peut, en cas de société en nom collectif composée à la fois de sociétés de personnes et de sociétés de capitaux, écarter celles-ci de la raison sociale où elles seront seulement représentées par les mots : « et compagnie » ; on peut, en second lieu, mêler les raisons sociales des sociétés en nom collectif et les dénominations des sociétés anonymes associées, à la condition de bien préciser, ce qui complique le libellé de la raison sociale. Enfin, il importe de remarquer que, si la raison sociale est de la nature de la société en nom collectif, elle n'est pas de son essence : une société en nom collectif peut exister, et même être régulière, sans avoir de raison sociale ; elle peut prendre alors une dénomination de fantaisie. On considérera comme une « société en nom collectif de sociétés » la société qui aura été contractée par plusieurs sociétés de forme quelconque pour faire des actes de commerce et sans restreindre la responsabilité d'aucune d'entre elles (1) ; il en sera de même de la société en participation formée par plusieurs sociétés, dans laquelle une imprudence de l'une des sociétés par-

(1) Cf LYON-CAEN, n° 164 ; PONT, II, n° 1339 ; Req., 10 août 1859, S. 1860-1-23 ; D. P., 1839-1-360.

ticipantes a révélé aux tiers l'existence de la société ; mais en ce second cas, la société en nom collectif sera nulle pour défaut de publicité (1).

La société en nom collectif est d'un emploi assez commode : sa constitution est facile ; ses associés, en général peu nombreux, connaissent exactement l'état de prospérité de l'affaire. La dissolution anticipée est à conseiller quand les circonstances qui ont déterminé le groupement se sont complètement modifiées ; cette dissolution est très facile, puisqu'elle peut résulter de la volonté d'une seule des sociétés associées.

Le Comptoir métallurgique de Longwy, qui a fait ses preuves et restera longtemps un modèle pour les créateurs de groupements de sociétés, était constitué en une société en nom collectif qui comprenait à l'origine 4 membres seulement ; à la veille de la guerre, il réunissait presque toutes les grosses entreprises métallurgiques de Lorraine : avec un capital de 78.000 francs, il achetait à ses associés pour les revendre en France toutes les fontes brutes de leur fabrication, achetait et vendait toutes fontes autres que celles produites par les associés (2). L'article 7 des statuts précisait que la gestion était confiée à un conseil composé de toutes les sociétés associées ; chacune de celles-ci y était représentée par son ou ses gérants, son directeur, son ou ses administrateurs délégués à cet effet ; le nombre de voix attribué à chaque société associée était proportionnel à la quantité de fontes produite par elle dans le semestre précédent ; les attributions du conseil, le contrôle, les répar-

(1) HÉMAR, n° 185.

(2) Article 1^{er} des statuts.

titions, le mode de liquidation étaient soigneusement réglés par les statuts. Et, quand la Société de Ville-rupt-Laval-Dieu plaida contre le Comptoir, le Tribunal de Briey, puis la Cour de Nancy, ne purent que faire l'éloge du Comptoir de Longwy (1).

203. Société en commandite simple et société en commandite par actions formées entre sociétés. — La *société en commandite simple* et la *société en commandite par actions* ne paraissent pas être des formes très favorables aux groupements de sociétés ; la raison en est simple : en général, les sociétés qui contractent ont à peu près toutes le même rôle à jouer ; il n'y a pas de motif sérieux pour confier la gestion à l'une et réserver à l'autre la qualité de commanditaire (2). Cependant, la commandite est une forme commode quand certaines des sociétés contractantes, qui ont un intérêt moins grand à la réussite du groupement, acceptent d'y participer à la condition de limiter leur responsabilité. Les autres forment alors « un noyau commun, aussi serré que celui qui résulterait d'une société en nom collectif (3) » ; elles sont gérantes et les premières sont commanditaires.

204. Société anonyme de sociétés. — La *société anonyme* est certainement le type le plus perfectionné que puissent adopter les ententes industrielles à grande envergure ; les formalités constitutives sont complexes, le régime fiscal est sévère ; mais les entreprises action-

(1) Briey, 24 février 1902 ; Nancy, 29 novembre 1902, *Écho Mines et Métallurgie*, 1904-371. Comp. P. OBRIN, *Thèse Nancy*, 1908, p. 79 et suiv.

(2) J. PERCEROU, *Ann. dr. comm.*, 1897-270.

(3) A. HENRY, *loc. cit.*

naires conservent au maximum leur individualité ; le groupement a une stabilité que ne lui assure pas la forme d'une société de personnes ; la dissolution, la faillite d'une des sociétés actionnaires est sans influence directe sur le sort de la supersociété anonyme (1). Le minimum légal de sept actionnaires n'est pas une gêne sérieuse, puisqu'il s'agit toujours de groupements réunissant un assez grand nombre d'industriels ou de commerçants ; le cartel ou le trust constitué en société anonyme peut même grouper de petites entreprises qui auraient hésité à faire partie d'une société en nom collectif ou en commandite. Il est vrai que la loi de 1867, malgré les retouches successives qu'elle a subies, est encore un instrument de protection assez imparfait, et que les petits actionnaires risquent d'être le jouet de la majorité ; mais n'en serait-il pas de même, et à plus forte raison, s'ils refusaient d'adhérer à la supersociété ? Si les statuts sont bien étudiés, la forme anonyme ne peut pas présenter d'inconvénients bien sérieux autres que les frais et les lenteurs de la constitution, les exigences du régime fiscal, et la difficulté d'obtenir une dissolution anticipée, et une liquidation rapide aussi commodément que dans les sociétés de personnes. On peut exiger dans les statuts que les actions restent nominatives ; on ne tient pas à ce que les titres soient négociés en Bourse ; même dans les supersociétés constituées sous la forme anonyme, il subsiste un *intuitus personæ* très accentué : cet *intuitus personæ* se traduit la plupart du temps par des clauses restrictives de la libre cessibilité des actions, en particulier par un droit

(1) J. PERCEROU, *Ann. dr. comm.*, 1897, 290.

de préemption au profit de la société au moyen de réserves facultatives, ou bien au profit des actionnaires qui déclarent vouloir en profiter (1).

205. **Sociétés à responsabilité limitée formées entre sociétés.** — Il faut réserver une place toute spéciale aux groupements constitués en *sociétés à responsabilité limitée* ; la forme réglementée par la loi de 1925 a une souplesse plus grande que la forme anonyme, tout en conservant l'avantage principal de limiter la responsabilité (2) ; il est absolument certain que la loi allemande du 29 avril 1892, qui réglemente la « Gesellschaft mit beschränkter Haftung », dont est issue notre société à responsabilité limitée, n'a pas été étrangère au développement en Allemagne du « Kartell » et du « Konzern ». Pourtant, nous ne croyons pas, malgré l'avis de plusieurs spécialistes, que la forme de la « responsabilité limitée » soit destinée à supplanter les autres formes juridiques d'ententes entre sociétés : cette forme hybride, qui tient le milieu entre la société de personnes et la société de capitaux, a été réclamée avec insistance par tous les milieux commerciaux ; on en a tant vanté les bienfaits que les Belges étudient eux aussi l'introduction d'une forme semblable dans leur législation : nous reconnaissons volontiers que la loi de 1925 comble une lacune du droit français. Mais la nouvelle loi ne condamne ni la société anonyme, ni la société en nom collectif. La société anonyme a plus de moyens d'action ; ses statuts peuvent ou non contenir des clauses de préemption ou d'agrément ; la limitation de responsabilité

(1) V. *suprà*, n° 163 et suiv.

(2) PIC et BARATIN, *op. cit.*, p. 632.

y est absolue, sans qu'on ait à y craindre la réserve formulée par l'article 8 de la loi de 1925. Quant à la société en nom collectif, elle garde l'avantage que comporte le maximum d'*intuitus personæ* ; elle reste la forme des groupements entre sociétés très solides, peu nombreuses, et qui veulent absolument se prémunir contre le départ de l'une d'elles. Entre ces deux extrêmes, la société à responsabilité limitée est un assemblage harmonieux de certaines qualités de chacune d'elles : elle attirera beaucoup de sociétés en quête du groupement ; elle se développera au détriment des autres formes, elle ne les ruinera pas absolument (1).

§ 3. — CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS DE SOCIÉTÉS.

206. La constitution d'une société de sociétés, comme la constitution d'une société ordinaire, comporte deux conditions essentielles :

- 1° La conclusion d'un contrat de société ;
- 2° L'accomplissement des formalités requises par la loi pour sa constitution régulière.

Reprenons successivement ces deux points :

207. A. Conclusion d'un contrat de société. — Le contrat de société exige, comme tout contrat, la réunion des éléments requis par l'article 1108 du Code civil : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Pour qu'il y ait consentement, il faut un accord sur le mon-

(1) D'autant moins que l'exemption fiscale de la loi du 31 juillet 1920 (art. 27) (v. *suprà* notion de filiale) ne vaut que pour les sociétés par actions, et ne s'étend pas à celles constituées sous l'empire de la loi du 7 mars 1925.

tant ou sur la valeur des apports, et sur le but pour suivi par la société (objet social) ; il faut, de plus, que ce consentement ne soit pas vicié et qu'il émane de personnes capables de contracter une société : ainsi se trouve rattachée à la question du consentement celle de la capacité des contractants. Lorsqu'une société doit être composée exclusivement de sociétés, la question de consentement se ramène, nous l'avons vu, à la détermination des pouvoirs des organes de chaque société contractante : il faut déterminer d'abord comment doit s'exprimer, ou doit être réputée s'exprimer, ce qui sera considéré comme la volonté de l'être moral ; il faut aussi préciser — ce qui parfois sera délicat — quelles sont les limites de cette prétendue volonté : nous lui avons assigné le cadre de l'objet social ; la société ne peut adhérer au groupement de sociétés que si un pareil acte fait partie de ceux en vue desquels elle a été créée ; question de capacité si l'on veut, mais qui se ramène cependant à celle du consentement, c'est-à-dire des pouvoirs reconnus aux organes de chaque société contractante.

Nous ne discuterons pas la notion de cause : peut-être ne serait-il pas impossible de faire renaître sous une forme plus neuve les controverses célèbres qu'elle a suscitées. Remarquons seulement qu'ici, tout au moins, sa présence fait double emploi avec celle de l'objet : on veut parler du but d'ordre économique ou moral poursuivi par le contrat de société ; on lui donne le nom d'objet social ; cet objet social doit être licite et moral ; ce n'est que l'application des principes généraux, et l'existence d'une société de sociétés ne soulève pas, à cet égard, plus de difficultés que celle d'une société ordinaire.

Le contrat de société exige, en outre de ces conditions générales à la validité de tout contrat, des éléments qui le caractérisent. Ce sont : la constitution d'un capital social au moyen d'apports individuels faits par chaque associé ; — la participation de chaque associé aux bénéfices et aux pertes ; — et l'intention commune de répartir les bénéfices réalisés. Ces conditions ne paraissent pas devoir soulever plus de difficultés au cas d'une société de sociétés qu'au cas d'une société d'individus.

208. B. Accomplissement des formalités requises pour la constitution régulière de la société de la forme choisie. — La loi prescrit des conditions pour la constitution régulière des sociétés : tout contrat de société, sauf celui de société en participation, doit être rédigé par écrit (art. 1834 C. civil ; art. 30 C. comm. ; art. 1^{er} al. 4 et 5 ; art. 21, al. 2 ; art. 55, loi 24 juillet 1867 ; art. 4, loi 7 mars 1925). Toute société commerciale, sauf la société en participation, doit être publiée. De plus, les sociétés par actions sont soumises par la loi de 1867 et les lois postérieures à des formalités constitutives sanctionnées par la nullité ; il en est de même, dans une moindre mesure, des sociétés à responsabilité limitée (art. 7 et 8, loi 7 mars 1925).

Nous avons signalé les particularités que présente l'accomplissement de ces formalités au cas où une société-mère constitue une filiale ; nous n'avons qu'à transposer ici les mêmes solutions au cas où plusieurs sociétés se groupent elles-mêmes en une supersociété : celle-ci n'est autre qu'une filiale des sociétés contractantes.

Des difficultés peuvent toutefois s'élever au cas où la

supersociété se constitue uniquement par voie d'apports en nature, quand chaque société contractante apporte tout son actif : on est alors en présence d'un contrat qui ressemble singulièrement à celui de la fusion pure et simple, puisque celle-ci implique dissolution des sociétés contractantes et création d'une nouvelle société. Ce qui distingue essentiellement la fusion pure et simple du cas dont nous nous occupons, c'est que la supersociété ne comporte jamais la disparition des sociétés contractantes ; celles-ci conservent leur personnalité et leur indépendance juridique ; même si elles apportent tout leur actif, ce qui en fait sera rare, elles peuvent se faire attribuer des actions de la supersociété et gérer leur portefeuille (1) ; seulement, pareille opération implique un changement d'objet, et l'on peut même soutenir qu'il y a dissolution de l'ancienne société pour en créer une nouvelle, ce qui entraîne des complications et des frais d'enregistrement. Pratiquement, les sociétés contractantes préfèrent fusionner purement et simplement. La société de sociétés ne comporte ordinairement qu'un apport partiel ou qu'une souscription de la part des sociétés contractantes.

§ 4. — FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS DE SOCIÉTÉS.

209. — Les sociétés de sociétés fonctionnent comme des sociétés ordinaires : les rôles dévolus ordinairement à des individus sont remplis par des sociétés. Nous avons vu qu'une société-mère peut exercer les fonctions de gérant ou d'administrateur, d'administrateur-délégué, de

(1) A. HENRY, *loc. cit.*, p. 190.

commissaire aux comptes, de membre du conseil de surveillance de sa filiale. Ici, nous devons donner les mêmes solutions en les généralisant, puisque, dans la société anonyme de sociétés tout au moins, les fonctions d'administrateur seront obligatoirement remplies par les sociétés actionnaires.

§ 5. — DISSOLUTION ET LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS
DE SOCIÉTÉS.

210. — Les causes de dissolution sont les mêmes que pour des sociétés ordinaires ; on distingue les causes communes à toutes les sociétés et celles qui sont spéciales aux sociétés de personnes : celles-ci peuvent plus facilement se dissoudre, et c'est un avantage lorsque le but de la supersociété est de réalisation incertaine ; les sociétés anonymes de sociétés ont, par contre, l'avantage d'une stabilité plus grande qui permet des opérations à plus longue échéance.

Nous savons qu'une société peut être liquidateur d'une autre société ; la supersociété sera liquidée comme le serait une société ordinaire, soit par l'une des sociétés associées, soit par un tiers. Les sociétés associées reprennent alors leur pleine liberté et peuvent, soit continuer leur action industrielle ou commerciale individuelle, soit constituer un nouveau groupement.

CONCLUSION

211. — Dégageons maintenant les conclusions théoriques et pratiques que nous avons souvent fait pressentir au cours de notre travail.

Nous avons séparé, dès le début de nos développements, le problème juridique du problème économique : celui-ci, dont nous n'avons pas à nous occuper, est résolu par les faits ; la vie quotidienne se charge de nous révéler la puissance des ententes entre producteurs. Le problème juridique a seul retenu notre attention. Son étude appelle ici deux sortes d'observations : l'une appartient au domaine de la technique juridique, l'autre concerne la valeur de notre législation des sociétés commerciales, envisagée au point de vue des filiales, et des groupements de sociétés.

212. **Conclusions théoriques.** — Tous les problèmes que nous avons examinés concernent la participation d'une personne morale à la création, ou au fonctionnement d'une autre personne morale. Nous avons à chaque instant rencontré cette notion de personnalité morale ; nous avons dû parfois combattre ses abus, ou ses

déformations, pour pouvoir faire triompher des solutions que nous avons jugées utiles et licites. Les concepts juridiques ne doivent pas commander tout le droit positif : ils doivent seulement rendre compte des solutions reçues, les systématiser, et les expliquer commodément.

C'est pourquoi nous nous refusons à considérer la personne morale comme un être fictif créé de toutes pièces par la puissance publique ; mais nous écartons délibérément aussi les théories allemandes sur la réalité des personnes morales. La personnalité morale, nous l'avons déjà plusieurs fois constaté, n'est qu'un procédé de technique juridique, destiné à rendre compte de l'existence d'un patrimoine affecté à un but qui pour les sociétés s'appelle objet social. Ce patrimoine est soumis à un régime de propriété collective déterminé par la loi et réglementé par les statuts ; il est commode de dire qu'il constitue une personne juridique. Mais, chaque fois que le besoin s'en fait sentir, cette notion doit céder devant les « données » de la vie économique.

Nous touchons ici un point de technique juridique dont les applications sont particulièrement fécondes. Nous ne voulons pas proposer une théorie de la personnalité morale, ni même reprendre l'étude d'une matière si riche en travaux remarquables. Mais il importe de répondre au problème technique que nous avons formulé dans notre préambule : comment admettre qu'une société, être moral, puisse remplir des fonctions assumées normalement par des individus ? — Et il faut encore résoudre le problème voisin que soulève l'existence des filiales : Comment expliquer qu'une société, personne juridique, puisse avoir son autonomie apparente tout

en étant sous le contrôle effectif d'une autre société? Car enfin, ce sont là des réalités, qui s'imposent à l'attention du jurisconsulte; et, si notre droit positif n'en prohibe pas l'existence, encore faut-il les comprendre, c'est-à-dire les concilier avec les abstractions familières à notre esprit.

Il n'est pas facile, de l'aveu même de M. Gény (1), de faire concorder « le mécanisme raide et le mouvement naturel et progressif de la vie » : il n'en reste pas moins que toute construction serait vaine qui serait impuissante à rendre compte des manifestations de la vie économique. Le moule traditionnel de la personnalité morale doit permettre d'expliquer la création des filiales, l'existence de la société-fondateur, de la société-gérant ou administrateur, de la société-liquidateur, de la société de sociétés. Nous avons constaté au prix de quelles hésitations ou même de quelles contradictions la jurisprudence a fini par dégager la notion de filiale. C'était encore, en effet, une survivance de la méthode d'interprétation qui triomphait au lendemain de la codification napoléonienne.

Aujourd'hui, grâce à l'évolution dont M. Gény s'est fait l'apôtre, nous devons plier les notions techniques aux exigences de la pratique : la personnalité morale ne doit pas entraver l'activité des sociétés qui en sont pourvues.

213. **Conclusions pratiques.** — Il est souvent d'usage, à la fin d'une étude de droit positif, de relever les imperfections de nos lois, et de proposer un texte nouveau.

(1) FR. GÉNY, *Science et Technique*, III, n° 190.

Nous ne le ferons pourtant pas. Ce n'est certes pas que le droit français des sociétés commerciales soit parfait à tous égards : nous avons bien des fois dénoncé, au cours de notre travail, ses vices ou ses lacunes au point de vue qui nous occupe. Mais une loi sur les sociétés, si étudiée soit-elle, ne peut pas être assez parfaite pour prévoir toutes les combinaisons qu'organise le monde des affaires. Même si elle le faisait, elle serait bien vite dépassée par l'ingéniosité des praticiens, qui chercheraient à inventer de nouveaux moyens, ou à perfectionner les moyens existants, pour échapper aux rigueurs de la réglementation légale. Il n'est pas utile que la loi réponde par avance à toutes les questions qui peuvent se poser ; ce qui est nécessaire, c'est au contraire qu'elle soit assez souple pour permettre aux praticiens d'atteindre le but qu'ils se proposent, quand ce but est recommandable au point de vue économique et au point de vue moral ; cette souplesse doit seulement être atténuée par la condamnation des combinaisons qu'on juge dangereuses pour l'épargne, et pour la production nationale.

Or la loi de 1867, plusieurs fois remaniée, est encore assez souple pour autoriser une société à participer à la constitution et au fonctionnement d'une autre société. Les matières que nous avons étudiées ont une origine relativement récente ; en tout cas, leur développement est postérieur à 1867 ; depuis lors, on a légiféré sur les sociétés par actions, en 1893, en 1902 et 1903, en 1913, récemment encore en 1929 sur les parts de fondateur ; la réforme de notre loi sur les sociétés par actions est toujours à l'ordre du jour ; mais on n'ose pas faire une œuvre d'ensemble ; les innovations fragmentaires ap-

pellent bien des critiques ; notre méthode actuelle de travail parlementaire ne recommande pas beaucoup une refonte de notre législation sur les sociétés : la multiplicité des amendements, inspirés par des préoccupations intéressées, la diversité des opinions émises souvent avec trop de passion et pas assez de vue d'ensemble, nuisent certainement au moins à la clarté des textes votés. Cette imperfection ne devrait certes pas décourager les efforts des juristes et des praticiens qui pourraient élaborer une loi nouvelle ; mais il est douteux, à notre avis, qu'un texte législatif soit souhaitable en matière de filiales et de groupements de sociétés.

Nous n'avons pas étudié de manière détaillée les législations étrangères, mais les comparaisons que nous avons esquissées en divers points de notre travail ne révèlent pas toujours une infériorité des solutions dictées par la loi française. Ce n'est pas seulement dans la lettre du texte que réside la valeur d'une législation : c'est surtout dans la manière dont l'entend la pratique, et dont l'interprète la jurisprudence. En France, nos lois commerciales n'ont pas entravé l'initiative des fondateurs de sociétés ; elles n'ont pas mis obstacle à la pratique de la société-administrateur, des omniums, des cessions d'exploitation. La timidité des hommes d'affaires s'est beaucoup atténuée depuis que des décisions judiciaires, depuis que des études doctrinales ont contribué à affermir le terrain sur lequel ils s'engagent. La France voit aujourd'hui prospérer chez elle les ententes de producteurs, autant que chez d'autres nations voisines ; les sociétés françaises participent au mouvement international de concentration des entreprises. Il ne faut donc pas accuser nos lois sur les sociétés ;

leur souplesse témoigne assez qu'elles n'ont pas encore trop vieilli; et le progrès dans l'organisation économique ne suppose pas nécessairement des lois commerciales nouvelles.

Vu : *le Président,*

R. DEMOGUE.

Vu : *le Doyen,*

H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,

P. MASSOULIER.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS GÉNÉRAUX DES SOCIÉTÉS

- ARTHUYS (F.). — *Traité des Sociétés commerciales*. 2 vol., Paris, 1906.
- BRODMANN (E.). — *Aktienrecht*, 1923.
- COPPER-ROYER. — *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*. 3^e éd., 3 vol., Paris, 1925.
- COSACK (K.). — *Lehrbuch des Handelsrechts*, trad. française, par Mis. 3 vol., Paris, 1904-1907.
- DECUGIS (H.). — *Traité pratique des sociétés par actions*. Paris, 1925.
- DROUETS (G.). — *Sociétés à responsabilité limitée*. 2^e éd., Paris, 1927.
- HÉMARD (J.). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*. 2^e éd., Paris, 1926.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*. 5^e éd., 3 vol., Paris, 1925; 6^e éd., 3 vol., Paris, 1928.
- LACOUR (L.) et BOUTERON (J.). — *Précis de droit commercial*. 3^e éd., Paris, 1925-1926 (v. en particulier n^o 529).
- LEHMANN (K.). — *Das Recht der Aktiengesellschaften*. 2 vol., Berlin, 1898-1904.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*. 5^e éd., revue par Amiaud, Paris, 1925.
- NYSENS et CORBIAU. — *Traité des sociétés commerciales*, t. I. Bruxelles, 1895.
- PIC (P.) (collection Thaller). — *Les Sociétés commerciales*. 2^e éd., 3 vol., Paris, 1925.

- PONT. — *Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales.* 2 vol., Paris, 1880.
- ROUSSEAU (R.). — *Les Sociétés commerciales françaises et étrangères.* 5^e éd., par Dolbeau, Gallié et J.-R. Rousseau, 2 vol., Paris, 1921.
- THALLER (E.). — *Traité élémentaire de droit commercial.* 7^e éd., par J. Percerou, Paris, 1925.
- VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales.* 6^e éd., 2 vol., Paris, 1910.
- VIVANTE (C.). — *Trattato di diritto commerciale*, t. II. 5^e éd., Milan, 1923. (V. en particulier n^{os} 298, 343, 445.)
- WAHL (A.). — *Précis théorique et pratique de droit commercial.* Paris, 1922.

OUVRAGES GÉNÉRAUX AUXILIAIRES

- DEMOGUE (R.). — *Traité des obligations en général.* 5 volumes parus, Paris, 1923-1925 ; surtout I, 104-171 ; II, 661 et suiv., III, n^{os} 351 et suiv.
- GARÇON (E.). — *Code pénal annoté*, sous l'article 449.
- GÉNY (Fr.). — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.* 2^e éd., Paris, 1920 ; surtout n^o 70.
- MICHOUD. — *Traité de la personnalité morale.* 2^e éd., par L. Troabas.
- PERCE ROU (J.). — *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires* (collection Thaller). 2 vol., 1907-1913.
- RIPERT (G.). — *La règle morale dans le droit des obligations.* Paris, 1925.
- SALEILLES (R.). — *De la personnalité juridique.*

MONOGRAPHIES, THÈSES

- AMIAUD (A.). — *Nouvelles formes d'ententes entre producteurs.*
- BOURCART (G.). — *Organisations et pouvoirs des Assemblées générales dans les Sociétés par actions.* Paris, 1905.
- BROALLIER. — *Succursales des sociétés.* Thèse Lyon, 1926.
- CHEMINAIS (P.). — *Sociétés de gestion de valeurs mobilières étrangères.* Thèse Paris, 1928.
- CHÉRON (A.). — *L'actionnariat des collectivités publiques* (Bibl. de Dr. Comm.). Paris, 1927.
- DAVID (R.). — *Protection des minorités dans les sociétés par actions.* Thèse Paris, 1928.

- LESCOT (P.). — Période constitutive des personnes morales de droit privé. *Thèse Dijon*, 1913.
- MAZEAUD (L.). — Unions de producteurs devant la loi pénale. *Thèse Lyon*, 1924.
- PERCEROU (J.). — Fondateurs de sociétés. *Thèse Dijon*, 1896.

ARTICLES DE REVUES

- BARRAULT (E.-H.). — Contrats de gestion et sociétés de gérance. *Rec. jur. soc.*, 1924.
- BOURCART (G.). — Intuitus personæ. *Journ. Soc.*, 1927.
- CORDONNIER (P.). — Cession du droit de vote. *Journ. Soc.*, 1927.
- DEMONTÉS (E.). — Sociétés de sociétés. *Rev. critique*, 1928.
- DECUGIS (H.). — L'abus du droit dans les sociétés par actions. *Journ. Soc.*, 1925-190.
- ESCARRA (J.). — Restrictions à la transmissibilité des actions. *Ann. dr. comm.*, 1914.
- HENRY (A.). — Sociétés de sociétés. *Journ. Soc.*, 1919.
- LESCOT (P.). — Succursales de sociétés. *Rec. jur. soc.*, 1924, 207.
- MICHEL (R.). — Cession du droit de vote. *Rec. jur. soc.*, 1926.
- PERCEROU (J.). — Syndicats de producteurs. *Ann. dr. comm.*, 1897.
- STRAFFA et BONFANTE. — *Riv. dir. com.*, 1921, p. 609 et déc. 1922.
- WAHL (A.). — Société gérante ou administrateur. *Journ. Soc.* 1905, 97 et suiv. — Nature juridique des sociétés d'études, *Journ. Soc.*, 1906, 5. *Rec. jur. Soc.*, 1927, 109.

REVUES ET PÉRIODIQUES

- Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international* (*Ann. dr. comm.*).
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives* (B. S. E. L.).
- Clunet* (*Journ. du droit international privé*) (Cl.).
- Dalloz périodique* (D. P.).
- Dalloz hebdomadaire* (D. H.).
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (E. R. G. Z.).
- Gazette des sociétés et du droit financier* (*Gaz. Soc.*).
- Gazette du Palais* (Pal.).
- Gazette des Tribunaux* (Trib.).
- Journal des faillites et liquidations judiciaires* (J. F.).
- Journal de l'Enregistrement* (J. E.).

Journal officiel (J. O.).

Journal des Sociétés (J. S.).

Journal des Tribunaux de commerce (J. T. C.).

Pasicrisie (recueil belge) (Pas.).

Pandectes françaises (P. F.).

Recueil juridique des sociétés (jurisclasseurs) (Rec. jur. soc.).

Revue critique de législation et de jurisprudence (R. C.).

Revue du droit international privé (R. D. I. P.).

Revue pratique des sociétés civiles et commerciales (revue belge)
(R. P. S. B.).

Revue pratique du Tribunal de commerce de la Seine (Herbulot)
(R. P. T. C. S.).

Revue des Sociétés (R. S.).

Revue trimestrielle de droit civil (R. T. D. C.).

Rivista di diritto commerciale (Riv. dir. comm.).

Sirey (S.).

TABLE ALPHABÉTIQUE

- Absorption d'une filiale**, 65.
Abus du droit, 150 et s.
Accaparement, 38 et s.
Acte ayant profité à une société, 20.
Acte juridique, 13.
Actes d'administration, 18, 185.
Actes de disposition, 18, 21, 185.
Action en déclaration de simulation. V. **Simulation**.
Action paulienne, 63, 87.
Actionnaires, 63 et s., 91.
Actions, 95, 161. V. **Transmissibilité**.
Actions à vote plural, 21, 139.
Actions de priorité, 17.
Administrateurs, 78, 98, 115 et s.
Agence, 3, 63.
Aliénation d'immeubles sociaux, 21.
Altération des prix. V. **Accaparement**.
Annexion. V. **Fusion**.
Apports, 97 et s., 110.
Assemblées générales extraordinaires, 17, 134.
Assemblées générales ordinaires, 16, 130 et s.
Assemblées spéciales, 153 et s.
Associations, 192.
Augmentation de capital. V. **Capital social**.
Avantages particuliers, 97 et s.
- Bail**, 170, 174, 185 et s.
Banques d'affaires, 2, 102.
Bénéfice anormal. V. **Accaparement**.
Bénéfices, 17, 186.
Bloquage de titres au porteur, 162.
Bureau commun de vente et d'achat, 3, 189. V. **Trust**.
But illicite, 13, 17.
- Capacité d'une société**, 13, 80, 207.

- Capital social, 17, 86, 93, 96.
Cartel. V. Trust.
Cause illicite, 37, 43.
Cession de droit de vote, 137, 145 et s.
Cession d'exploitation, 29, 170 et s.
Changement de nationalité d'une société. V. Nationalité.
Clause d'agrément, 165.
Clause de préemption, 163 et s.
Clause d'inaliénabilité, 165.
Coalitions, 6. V. Accaparement.
Compétence, 57.
Comptoir métallurgique de Longwy, 3, 189, 202.
Concentration, 1, 6.
Conseil d'administration, 15, 19, 115 et s.
Consentement d'une société, 13 et s., 207.
Constitution d'une société, 69 et s., 207.
Contrats entre société-mère et filiale, 124 et s.
Contrats entre sociétés, 207.
Contrats innommés, 195.
Contrôle de la Cour de cassation, 29.
Contrôle d'une société par une autre société, 2, 25, 46, 131 et s., 188 et s.
Corners, 187.
Cour de cassation. V. Contrôle.
Créancier gagiste, 148 note.
Créanciers sociaux. V. Action paulienne, Société d'études.
Démembrement des droits de propriété des actions, 147 et s.
Diminution du nombre des actionnaires. V. Dissolution.
Dissolution, 22, 28, 62 et s., 210.
Droit de vote. V. Cession.
Droit fiscal. V. Taxes.
Égalité entre actionnaires, 17.
Emprise. V. Protection, Sociétés étrangères.
Enregistrement. V. Taxes.
Entente entre producteurs. V. Entente entre sociétés.
Entente entre sociétés, 2, 19, 41 et s., 188 et s.
Etat-administrateur, 119, 168.
Excès de pouvoirs des gérants ou administrateurs, 19 et s.
Exigence de la forme nominative. V. Titres nominatifs.
Exploitation de biens appartenant à une autre société, 170 et s.
Faillite, 61, 87.
Filiale à l'étranger. V. Filiale étrangère.
Filiale étrangère, 2, 23, 25, 27, 57, 63. V. Société étrangère.
Fiscalité. V. Taxes.
Fondateur. V. Société-fondateur.
Formalités constitutives, 90 et s., 208.
Fraude à la loi, 25 et s., 99 et s.
Fusion de sociétés, 7, 66, 108, 136.
Gérants, 15, 19, 78.
Gestion. V. Contrôle.

- G**roupement de producteurs, 1.
Groupements de sociétés, 187 et s. V. Sociétés de sociétés.
- H**olding, 2, 56, 189.
- I**mmuebles. V. Aliénation, Bail.
Inaliénabilité. V. Clause d'agrément.
In rem versum. V. Acte ayant profité à la société.
Intégration horizontale, 1, 189.
Intégration verticale, 1, 56, 189.
Intrusion d'une société. V. Protection.
- J**etons de présence, 149.
- K**onzern, 2 et s., 189.
- L**ibération des actions. V. Actions.
Liberté du commerce et de l'industrie, 13, 41.
Liquidation d'un groupement, 210.
Liquidation d'une société d'études, 108.
- M**ajorité, 17, 21 et s., 131 et s.
Mandat de gestion. V. Sociétés de gérance.
Minorités. V. Abus du droit, Assemblées spéciales.
Modifications des statuts, 16 et s., 21. V. Assemblées générales extraordinaires.
Monopole. V. Accaparement.
- N**ationalité des sociétés, 16 et s., 22 et s., 47, 57, 166 et s.
Nombre des actionnaires. V. Actionnaires.
Nullité, 62, 89, 99.
- O**bjets de l'acte juridique entre sociétés, 13.
Objets sociaux, 14, 17, 28 et s., 31, 33, 80, 179 et s.
Omnium. V. Holding.
Ordre public, 37.
- P**articipation d'une société à la vie juridique d'une autre société, 10 et s.
Participations, 2, 83.
Personnalité morale des sociétés, 6 et s., 14, 46 et s., 53, 59, 65, 67, 79.
Pools, 187.
Préemption. V. Clause de préemption.
Protection des minorités. V. Abus du droit. Assemblées spéciales.
Protection d'une société, 156 et s.
- Q**uorum, 17, 21 et s.
- R**aison sociale, 202.
Ratification, 20.
Registre du commerce, 55.
Répartition des bénéfices. V. Bénéfices.
Report. V. Cession du droit de vote.
Réserve d'usufruit. V. Démembrement.
Réserves, 86.
Responsabilité de la filiale pour fautes de la société-administrateur, 128.
Responsabilité de la société-administrateur, 122, 127.
Responsabilité des fondateurs, 73.
Retraits. V. Clause de préemption.

Sanctions. V. Nullité.

Siège social, 25 et s.

Simulation, 63-87.

Société-administrateur, 12, 79, 114 et s., 120 et s., 209.

Société anonyme, 15, 204.

Société à responsabilité limitée, 6, 15, 19, 22, 35, 73, 143, 158, 205.

Société civile, 33 et s., 85, 200.

Société civile d'actionnaires, 162.

Société, commissaire aux comptes, 209.

Société coopérative, 193.

Société créée de fait, 106.

Société de fait, 89.

Société de gérance, 176.

Société de gestion, 177. V. Sociétés de gérance.

Société d'études, 102 et s.

Société de personnes, 22, 33 et s., 157.

Société de sociétés, 12, 27, 69, 81 et s., 90 et s., 178, 196 et s.

Société en commandite par actions, 15, 203.

Société en commandite simple, 203.

Société en nom collectif, 22, 202.

Société en participation, 105, 201.

Société étrangère, 23, 25, 27, 166 et s. V. Nationalité.

Société-fondateur, 12, 46, 72, 74 et s., 81 et s., 96.

Société-gérant, 79, 114 et s., 209.

Société-liquidateur, 79, 210.

Société-mère, 3, 58 et s., 113 et s. V. Filiale.

Société par intérêt, 15.

Souscription du capital social. V. Capital social.

Statuts, 83 et s.

Succursales, 3, 46 et s., 61, 63.

Suroffres. V. Accaparement.

Supersociété. V. Société de sociétés.

Syndicat d'émission, 76, 93, 102.

Syndicat professionnel, 193.

Tantièmes, 153.

Taxes fiscales, 66, 105 et s., 108, 110, 112, 192, 201.

Titres au porteur. V. Bloquage.

Titres nominatifs, 161.

Transformations d'une société, 31, 99, 108.

Transmissibilité des actions, 160.

Trust, 2 et s., 5 et s., 187, 189.

Trustees, 146.

Unanimité, 22. V. Modification des statuts.

Usufruit des actions. V. Démembrement.

Validité de l'acte juridique accompli par une société. V. Acte juridique.

Vente, 170-175. V. Apports.

Vérification des apports. V. Apports.

Vote, 133. V. Cessions.

Vote des administrateurs. V. Administrateurs.

Vote plural. V. Actions à vote plural.

Vote privilégié, 138, 140 et s., 159.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Les faits ; position des problèmes juridiques qui feront l'objet de la présente étude 1

1. La concentration des entreprises dans la production des richesses. — 2. Ententes entre sociétés et filiales de sociétés. — 3. Besoins auxquels répondent les ententes et les filiales. — 4. Questions juridiques qui résultent de l'examen des faits. — 5. Position des divers problèmes à envisager. — A) Le problème économique. — 6. B) Le problème juridique ; l'évolution de la jurisprudence. — 7. C) Le problème de technique juridique. — 8. Objet de la présente étude. — 9. Plan 18

LIVRE PREMIER. — Conditions générales auxquelles est subordonnée la participation d'une société à la vie juridique d'une autre société 21

10. Importance de cette participation. — 11. Validité de cette participation. — 12. Sociétés de sociétés. — 12. bis. Prétendue condition relative à la constitution régulière de la société participante. — 13. Plan de la première partie. 25

TITRE PREMIER. — Des conditions relatives au consentement des sociétés qui entrent en rapports. 28

14. La volonté des personnes morales. — 15. Gestion et administration des sociétés. — 16. Assemblées générales. — 17. Assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions. 32

CHAPITRE PREMIER. — DÉTERMINATION DES POUVOIRS APPARTENANT AUX DIFFÉRENTS ORGANES D'UNE SOCIÉTÉ POUR FAIRE PARTICIPER CETTE SOCIÉTÉ À LA VIE JURIDIQUE D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ. . . . 36

18. Actes d'administration, actes de disposition. — 19. Pouvoirs des gérants et administrateurs. — 20. A) Des conventions conclues par les gérants ou administrateurs au delà de leurs pouvoirs. — 21. B) Des conventions exigeant un vote à la majorité de l'assem-

blée générale. — 22. C) Des conventions exigeant un vote à l'unanimité, ou tout au moins des conditions spéciales de quorum et de majorité à l'assemblée extraordinaire	39
CHAPITRE II. — DES CONDITIONS RELATIVES A LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS QUI ENTRENT EN RAPPORTS.	41
23. Exemples. — 24. Nationalité des sociétés. — 25. Critérium de détermination. — 26. Changement de nationalité. — 27. Application de ces principes aux filiales et aux groupements de sociétés.	45
CHAPITRE III. — CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET SOCIAL DES SOCIÉTÉS QUI ENTRENT EN RAPPORTS	47
28. La notion d'objet social. — 29. Pouvoirs des juges du fond. — 30. Application de ces principes aux filiales et aux groupements de sociétés	50
CHAPITRE IV. — CONDITIONS RELATIVES A LA FORME DES SOCIÉTÉS QUI ENTRENT EN RAPPORTS	52
31. Position de la question. — 32. Différentes formes légales. — 33. A) Participation d'une société civile à une société commerciale et inversement. — 34. B) Participation d'une société <i>intuitu personæ</i> à une société par actions et inversement. — 35. C) Participation d'une société à responsabilité indéfinie à une société à responsabilité définie et inversement. — 36. Conclusion	56
TITRE II. — Des conditions relatives au but poursuivi par les ententes entre sociétés	57
37. La notion de but illicite.	57
CHAPITRE PREMIER. — L'ARTICLE 419 DU CODE PÉNAL	60
38. L'article 419 ancien et les tendances de la jurisprudence. — 39. L'article 419 nouveau.	61
CHAPITRE II. — LES SANCTIONS CIVILES	65
40. Domaine de la nullité civile. — 41. L'évolution des idées relatives à la liberté du commerce et de l'industrie. — 42. Les principales tendances de la jurisprudence. — 43. Fondement juridique de ces solutions.	70
LIVRE II. — Des Filiales	73
44. Plan	73
TITRE PREMIER — La notion de filiale.	74
45. Définition. — 46. Histoire de la notion de filiale. — 47. Explication du changement survenu. — 48. Plan.	80
CHAPITRE PREMIER. — FILIALE ET SUCCURSALE	81
49. Justification de ce rapprochement. — 50. Caractères juridiques de la succursale. — 51. Réglementation légale. — 52. Cri-	

térium de distinction entre succursale et filiale. — 53. Jurisprudence 85

CHAPITRE II. — CONSÉQUENCES DE LA PERSONNALITÉ RECONNUE AUX FILIALES 88

54. La filiale est une société autonome. — 55. Constitution de la filiale. — 56. Indépendance apparente de la filiale à l'égard de la société-mère. — 57. Règles de compétence. Nationalité. — 58. Règlement des créances et des dettes existant entre société-mère et filiale. — 1^o Appel du non-versé. — 59. 2^o Compensation et fusion. — 60. 3^o Les dettes contractées par la filiale n'obligent pas la société-mère et inversement. — 61. Influence de la faillite de la filiale sur la situation de la société-mère et inversement. — 62. Liquidation de la filiale. — 63. Cas où la société-mère est le seul associé de sa filiale. — 64. Cas où la société-mère devient, au cours du fonctionnement de la filiale, le seul associé de celle-ci. — 65. Absorption d'une filiale par la société-mère. — 66. Droit fiscal. — 66 *bis*. Impôt sur le revenu. — 67. Conclusion. — 68. Objet des chapitres suivants : le lien de subordination entre filiale et société-mère, second élément de la notion de filiale 111

TITRE II. — De l'intervention d'une société dans la constitution d'une autre société 113

69. Rôle économique. — 70. Questions juridiques à examiner. 71. Plan 114

CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉ-FONDATEUR D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ 115

72. Cas où la société à constituer est une société par intérêt. — 73. Cas où la société à constituer est une société « à responsabilité limitée ». — 74. Cas où la société à constituer est une société par actions 119

SECTION I. — Dans quel cas une société peut-elle être réputée fondateur d'une autre société ? 120

75. Qui est fondateur ? — 76. Société-fondateur. — 77. *Suite*. — 78. Cas où le gérant ou administrateur est personnellement fondateur sans que la société qu'il représente le soit. 126

SECTION II. — Des conditions auxquelles est subordonnée la validité de la participation d'une société à la fondation d'une société par actions 127

79. En principe, cette participation est valable. — 80. Condition relative à l'objet social. — 81. Applications : A) Cas de silence des statuts. — 82. *Suite* : Critique d'un arrêt de la Cour d'Alger. — 83. B) Une clause expresse des statuts prévoit la participation de la société à la fondation d'une autre société. — 84. Formules usuelles de ces clauses statutaires. — 85. Fondation d'une société anonyme par une société civile. — 86. Cas où la so-

ciété-fondateur est une société par actions : restriction fondée sur l'affectation du capital social au gage des créanciers sociaux. — 87. Autre restriction fondée sur le respect des droits des créanciers sociaux. — 88. Sanctions de ces restrictions. — 89. Sanctions au regard de la société fondée.	142
SECTION III. — Du rôle joué par la société-mère dans l'accomplissement des formalités constitutives de la filiale.	143
90. Rappel des formalités constitutives dans les sociétés par actions. — 91. La société-mère peut être l'unique fondateur. — Tous les actionnaires peuvent être des associés.	144
A. Rédaction des statuts.	146
92. Développement	146
B. Souscription intégrale du capital social	147
93. Filiale constituée sans souscription publique. — 94. Filiale constituée par souscription publique; syndicats d'émission.	148
C. Versement du quart sur chaque action de numéraire (art. 1 ^{er} § 2; art. 24, loi 67). Libération intégrale des actions d'apport (art. 3 § 2, loi 1867).	150
95. Développement	150
D. Déclaration notariée de souscription et de versement (art. 1 ^{er} § 3 et 4; art. 24, loi 24 juillet 1867).	151
96. Développement	151
E. Vérification des apports en nature et des avantages particuliers	153
97. Détermination des apports et avantages particuliers. — 98. Rôle de la société-mère, de ses administrateurs et de ses actionnaires dans la vérification de ses apports en nature et de ses avantages particuliers. — 99. Procédés imaginés par la pratique pour éviter la procédure de vérification : transformation d'une société par intérêt en société anonyme. — 100. Apport déguisé sous la forme d'une vente	158
F. Constitution définitive de la société	161
101. Développement	161
CHAPITRE II. — DES SOCIÉTÉS AYANT POUR OBJET DE PRÉPARER OU DE FACILITER LA CONSTITUTION D'AUTRES SOCIÉTÉS	163
102. Différents types de ces sociétés. L'importance des sociétés d'études. — 103. Définition de la société d'études; son caractère provisoire	164
SECTION I. — Nature juridique des sociétés d'études.	166
104. Nature juridique de la société d'études : c'est bien une société. — 105. Forme de cette société. — 106. Sociétés d'études créées de fait. — 107. Fonctionnement de ces sociétés d'études.	172
SECTION II. — Liquidation et transfert du patrimoine de la société d'études à la société nouvelle	172
108. Position des problèmes soulevés : analogie avec la fusion	

par annexion. — 109. Situation des créanciers de la société d'études liquidée par apport global à la société nouvelle. — 109 bis. Cas où la société d'études se fait rémunérer par l'attribution de parts de fondateur. — 110. Distinction de la vente et de l'apport global; intérêt de cette distinction. — 111. Ventes déguisées sous la forme d'apports. — 112. Interprétations juridiques destinées à éviter les droits fiscaux de la vente: stipulation pour autrui, gestion d'affaires; critique 183

TITRE III. — De l'intervention d'une société dans le fonctionnement d'une autre société 186
 113. Modalités de cette intervention 186

CHAPITRE PREMIER. — SOCIÉTÉ-GÉRANT OU ADMINISTRATEUR D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ 188
 114. Utilité 188

SECTION I. — Solutions théoriques du problème de la participation d'une société-mère à la gestion ou à l'administration de sa filiale 189

115. A) Les fonctions de gérant ou d'administrateur de la filiale sont remplies par des associés de la société-mère. — 116. Inconvénients de ce procédé: inconvénients pratiques. — 117. Objections d'ordre juridique. — 118. Conclusions sur l'emploi de ce procédé. — 119. B) Les fonctions de gérant ou d'administrateur sont attribuées à la société-mère en tant que personne morale. — 120. Discussion théorique. — 121. Réfutation de l'objection fondée sur l'impossibilité pour une personne morale de remplir les fonctions de gérant ou d'administrateur. — 122. Réfutation de l'objection fondée sur la prétendue impossibilité d'appliquer au cas envisagé les sanctions pénales de la loi de 1867. — 123. La validité du second procédé est certaine. 205

SECTION II. — De quelques difficultés soulevées par la pratique de la société-gérant ou administrateur 206

124. A) Contrats conclus entre société-mère et filiale. — 125. 1° Une même personne est en son nom personnel administrateur ou gérant de deux sociétés différentes. — 126. 2° Une société est chargée, en tant que personne morale, de la gestion ou de l'administration d'une autre société. — 127. B) Responsabilités civiles: 1° responsabilité de la société-gérant ou administrateur pour fautes de gestions. — 128. 2° Responsabilité de la filiale pour fautes de la société-gérant ou administrateur. — 129. Partage de la responsabilité. 214

CHAPITRE II. — DE L'INTERVENTION D'UNE SOCIÉTÉ DANS LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ. 216
 130. Son but 216

SECTION I. — Des procédés dont peut user une société pour acquérir la majorité des voix dans les Assemblées de sa filiale. 217

131. Cas d'une filiale constituée en société par intérêt. — 132.

Filiale constituée en société anonyme. — 133. Le droit de vote dans les Assemblées des sociétés anonymes. — 134. A) Achat de la majorité des actions. — 135. Moyens d'acquérir la majorité des actions. — 136. Achat d'actions avec l'assentiment de la société dont on veut acquérir le contrôle. — 137. Insuffisance de ces procédés. — 138. B) Vote privilégié. Validité. — 139. Conditions d'emploi. — 140. Modalités du vote privilégié. — 141. Avantages et inconvénients du vote privilégié. — 142. Projets de réglementation. — 143. Le vote privilégié dans les sociétés à responsabilité limitée. — 144. Autre fonction du vote privilégié. — 145. C) Cession du droit de vote. — 146. Point de vue législatif. 147. Nullité de la cession du droit de vote en droit français. — 148. Aliénation avec réserve d'usufruit. — 149. B) Autres procédés destinés à acquérir la majorité des voix	242
SECTION II. — Exercice de la majorité des voix ainsi acquises.	245
150. A) Restrictions fondées sur la théorie de l'abus du droit. — 151. Exemples d'abus du droit de vote. — 152. Jurisprudence. — 153. B) Protection des minorités par l'article 34 du Code de commerce. — 154. Domaine des Assemblées spéciales. — 155. Comparaison entre les deux moyens de protection des minorités.	257
CHAPITRE III. — DES MOYENS DONT PEUT USER UNE SOCIÉTÉ POUR SE PROTÉGER CONTRE L'INTRUSION D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ	259
156. Position du problème	259
SECTION I. — Solutions générales de la question	260
157. A) Sociétés de personnes. — 158. Sociétés à responsabilité limitée. — 159. B) Vote privilégié. — 160. C) Restriction à la transmissibilité des actions. — 161. Exigence de la forme nominative pour tous les titres. — 162. Système du blocage des titres au porteur. — 163. Clause de préemption. — 164. Nature juridique des clauses de préemption. — 165. Clause d'agrément	275
SECTION II. — Protection des sociétés françaises contre l'intrusion des sociétés étrangères	278
166. Position de la question. — 167. A) Quelles sont les sociétés non françaises à l'encontre desquelles on doit prendre des mesures de protection ? — 168. B) Quelles sont les sociétés françaises qu'il convient surtout de protéger ? — 169. C) Des moyens de protection contre l'emprise étrangère.	283
TITRE IV. — Exploitation par une société de biens appartenant à une autre société.	287
170. Aperçu des raisons qui peuvent provoquer les cessions d'exploitation. — 171. Principales clauses stipulées dans les contrats de cession d'exploitation. — 172. Plan	290
CHAPITRE PREMIER. — NATURE JURIDIQUE DES CONTRATS DE CESSION D'EXPLOITATION	291
173. Impossibilité de réduire ces contrats à un type unique. —	

174. Contrats de louage de choses. — 165. Vente et louage. — 176. Contrats de mandat ; sociétés de gérance. — 177. Sociétés de gestion. — 178. Contrats de société et contrats innommés	285
---	-----

CHAPITRE II. — CONDITIONS DE VALIDITÉ ET EFFETS DES CONTRATS DE CESSIION D'EXPLOITATION.	302
--	-----

179. Importance de la qualification donnée à la cession : changement d'objet, acte conforme à l'objet social. — 180. Changement d'objet et changement dans le mode d'exploitation. — 181. Pouvoirs des juges du fond. — 182. Jurisprudence. — 183. Doctrine. — 184. Changement d'objet et extension à l'objet social. — 185. Etendue de la cession. — 186. Location moyennant un prix fixe, et partage de bénéfices.	314
--	-----

LIVRE III. — Des Groupements de sociétés.	319
---	-----

187. Considérations générales	319
---	-----

CHAPITRE PREMIER. — DES GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS POURVUS DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.	321
---	-----

188. Variétés d'ententes entre sociétés	321
---	-----

SECTION I. — Conventions d'ententes et groupements de sociétés.	321
---	-----

189. Cartels, « trusts », « konzerns ». — 190. Groupements de sociétés	324
--	-----

SECTION II. — Des diverses formes juridiques des groupements de sociétés.	326
---	-----

191. Aperçu de ces formes. — 192. Groupements de sociétés constitués en associations. — 193. Groupements constitués en syndicats professionnels. — 194. Groupements de sociétés constitués en sociétés. — 195. Groupements de sociétés résultant de contrats innommés.	332
--	-----

CHAPITRE II. — SOCIÉTÉS DE SOCIÉTÉS	335
---	-----

196. Importance. — 197. Plan	336
--	-----

§ 1 ^{er} . — Validité des sociétés de sociétés.	337
--	-----

198. Développement.	337
-----------------------------	-----

§ 2. — Des formes adoptées par les sociétés de sociétés.	339
--	-----

199. Conditions pour que le groupement de sociétés soit constitué en société. — 200. Société civile de sociétés. — 201. Association en participation formée entre sociétés. — 202. Société en nom collectif de sociétés. — 203. Société en commandite simple et société en commandite par actions formées entre sociétés. — 204. Société anonyme de sociétés. — 205. Société à responsabilité limitée formée entre sociétés.	347
--	-----

§ 3. — Constitution des sociétés de sociétés.	348
---	-----

206. Développement. — 207. A) Conclusion d'un contrat de société. — 208. B) Accomplissement des formalités requises pour la constitution régulière de la société de la forme choisie.	350
---	-----

§ 4. — Fonctionnement des sociétés de sociétés.	351
209. Développement.	351
§ 5. — Dissolution et liquidation des sociétés de sociétés. .	352
210. Développement.	352
CONCLUSION.	353
211. Exposé. — 212. Conclusions théoriques. — 213. Conclusions pratiques	355
BIBLIOGRAPHIE.	359
TABLE ALPHABÉTIQUE.	363
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	367





